



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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 782 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Elsag Datamat S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Andreis, Andrea
Mozzati, con domicilio eletto presso Massimo Andreis in Torino, via Pietro
Palmieri, 40;

contro

Arfea - Aziende Riunite Filovie e Autolinee S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.
Elisabetta Boffi, Vittorio Angiolini, Marco Cuniberti, con domicilio eletto presso
Elisabetta Boffi in Torino, via Alfieri, 19;

nei confronti di

Siemens It Solutions and Services S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Claudio
Vivani, Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso Claudio Vivani in Torino,
corso Galileo Ferraris, 43;
Siemens S.p.A.;
Siemens Holding S.p.A.;

per l'annullamento

- della nota a firma del Presidente di ARFEA - Aziende Riunite Filovie e Autolinee s.p.a. 19.5.2010, prot. n. 5424/10, con la quale è stata comunicata l'esclusione di Elsag Datamat dalla gara indetta dalla stessa ARFEA per l'affidamento della fornitura e posa in opera del sistema di bigliettazione elettronica denominato BIP per i servizi di trasporto pubblico locale del bacino di Alessandria;
- del provvedimento in data 14.5.2010, con il quale gli organi di ARFEA avrebbero deliberato di escludere l'offerta di Elsag Datamat dalla gara per l'affidamento della fornitura e posa in opera del sistema "BIP";
nonchè per l'annullamento
- della nota a firma del Presidente di ARFEA 10.12.2009, prot. n. 11927/09, con la quale ARFEA ha chiesto a Elsag Datamat di fornire chiarimenti su taluni elementi della propria offerta economica;
- della nota a firma del Presidente di ARFEA 16.3.2010, prot. n. 2921/10, con la quale ARFEA ha chiesto a Elsag Datamat ulteriori informazioni in relazione agli aspetti economici della propria offerta;
- del verbale della seduta in contraddittorio con Elsag Datamat in data 26.3.2010;
- della nota a firma del Presidente di ARFEA 5.5.2010, prot. n. 4830/10;
- di ogni altro atto relativo alla procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- dei verbali di gara (non conosciuti);
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria o definitiva dalla gara per l'affidamento della fornitura e posa in opera del sistema "BIP";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorchè non conosciuti dalla ricorrente, con riserva di presentare motivi aggiunti;
nonchè, ove occorra, per l'annullamento

- del bando e della lettera d'invito e del capitolato della gara per l'affidamento della fornitura e posa in opera del sistema "BIP", nei limiti di quanto specificato nel presente ricorso;

nonchè per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati il 7.07.2010,

- del silenzio diniego serbato da ARFEA sull'informativa inoltrata da Elsag Datamat in data 5.6.2010 in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. 163/2006;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorchè non conosciuto dalla ricorrente, con riserva di presentare ulteriori motivi aggiunti;

nonchè per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati il 21.07.2010,

- del verbale del Consiglio di Amministrazione di ARFEA 12.5.2010 - conosciuto il 6.7.2010 -, con il quale è stata disposta l'esclusione dalla gara di Elsag Datamat a causa della presunta anomalia dell'offerta, nonché la provvisoria aggiudicazione dell'appalto al concorrente secondo classificato;

- del provvedimento del Consiglio di Amministrazione di ARFEA di nomina della Commissione giudicatrice (non conosciuto);

- del verbale della Commissione giudicatrice 28.10.2009;

- dei verbali delle precedenti sedute della Commissione giudicatrice (non conosciuti);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorchè non conosciuto dalla ricorrente, con particolare riferimento alla relazione finale sull'offerta Elsag Datamat 19.4.2010 a firma del consulente nominato da ARFEA (ing. Franco Gazzotti) e al documento "Analisi 'Chiarimenti sull'Offerta' richiesti ad Elsag Datamat" in data 16.2.2010, con riserva di presentare ulteriore motivi aggiunti;

nonchè per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati il 2.09.2010,

- della nota a firma dell'Amministratore delegato di ARFEA 4.8.2010, prot. n. 8546/2010, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in questione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arfea - Aziende Riunite Filovie e Autolinee S.p.A. e di Siemens It Solutions and Services S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2011 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 14 maggio 2008 A.R.F.E.A., Aziende Riunite Filovie e Autolinee S.p.A. ha indetto procedura ristretta ai sensi dell'art. 55, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 per la fornitura e posa in opera di un sistema di bigliettazione elettronica, monitoraggio della flotta e videosorveglianza (sistema BIP) per i servizi di trasporto pubblico locale del bacino di Alessandria.

Alla gara in questione prendevano parte, tra le altre, Siemens IT Solutions and Services S.p.A. (di seguito Siemens) ed Elsag Datamat S.p.A.

All'esito della seduta pubblica del 28 ottobre 2009, la società Elsag risultava aggiudicataria provvisoria dell'appalto.

Nelle more dell'aggiudicazione definitiva della commessa, con nota 10 dicembre 2009, prot. n. 11927/09, ARFEA ha comunicato l'avvio del procedimento di verifica della congruità economica dell'offerta di Elsag, ai sensi dell'art. 86 e ss. del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 17 del capitolato d'onori.

Con note 16 marzo 2010, prot. n. 2921/10 e 5 maggio 2010, prot. n. 4830/10 ARFEA ha richiesto a Elsag informazioni circa gli aspetti economici della propria offerta.

Successivamente, con nota 19 maggio 2010, prot. n. 5424/10, ARFEA provvedeva all'esclusione della società Elsag dalla gara, avendo quest'ultima presentato un'offerta ritenuta anormalmente bassa ai sensi degli articoli 87-89 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006.

Elsag ha impugnato i provvedimenti mediante i quali ARFEA ha disposto la sua esclusione dalla gara, chiedendone la sospensione degli effetti e riservandosi di presentare motivi aggiunti di ricorso. Detto ricorso non è stato notificato alla società Siemens controinteressata.

In seguito Elsag notificava anche a Siemens, in data 20 luglio 2010, motivi aggiunti con i quali impugnava, oltre ai provvedimenti sopracitati, anche l'aggiudicazione provvisoria in favore del costituendo r.t.i. Siemens IT — NTS New Tech System.

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati anche a Siemens in data 23 agosto 2010, Elsag impugnava la nota n. 8546/2010, con cui veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di Siemens.

Con le censure si lamenta:

1 - Sull'illegittimità dell'esclusione dalla gara di Elsag Datamat (motivi di ricorso n. 1-5).

Con il primo motivo di ricorso, Elsag deduce la violazione dell'art. 79 del D.Lgs. 163/06 e dell'art. 3 della L. 241/90, in quanto la nota 19 maggio 2010, prot. n. 5424/10, con cui è stata comunicata alla ricorrente la sua esclusione dalla gara, sarebbe stata motivata unicamente per relationem con la deliberazione del C.d.A. di ARFEA del 12 maggio 2010.

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente eccepisce la violazione del comma 2 dell'art. 86 del D.Lgs. 163/06, il quale prescrive alle stazioni appaltanti di

procedere alla verifica di congruità delle offerte in relazione alle quali "sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

Con la terza censura, la ricorrente eccepisce la irragionevole durata del procedimento di verifica della congruità dell'offerta che, secondo la ricorrente, si sarebbe protratto per oltre 8 mesi, va precisato che tra la nota con cui ARFEA ha richiesto chiarimenti (datata 10 dicembre 2009) e la nota recante la comunicazione dell'esclusione di Elsag (datata 19 maggio 2010) sono intercorsi solo 5 mesi, nel corso dei quali vi è stata una intensa attività istruttoria da parte di ARFEA, ivi compresa una riunione presso la sua sede.

Con la quarta censura, la ricorrente eccepisce la violazione dell'art. 88 del D.Lgs. 163/06 in base al quale, secondo la sua interpretazione, la stazione appaltante avrebbe a disposizione solo due modelli procedurali tipici per l'espletamento della verifica di anomalia dell'offerta: o avvalendosi dei propri uffici, oppure mediante una commissione appositamente costituita e non, come nel caso di ARFEA, mediante l'assistenza di un consulente esterno (nella specie, l'ing. Franco Gazzotti).

Con il quinto motivo di ricorso si sostiene che, nel procedimento di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante si sarebbe soffermata su aspetti marginali e di dettaglio dell'offerta stessa quali, in particolare, il canone per l'estensione del servizio di garanzia e il margine di utile indicato con riferimento a tale voce.

2 - Sulla illegittimità del bando di gara e della lettera d'invito.

Con altro motivo di ricorso Elsag deduce la violazione dell'artt. 11, 29, 55, 64 e 67 del D.Lgs. 163/06, in quanto ARFEA avrebbe modificato l'importo a base d'asta dopo la predisposizione del bando, portando il valore della commessa da 1.246.175 euro, in esso indicati, ai 3.190.000 euro indicati nella successiva lettera d'invito.

3 - Illegittimità dell'esclusione dalla gara di Elsag Datamat disposta con deliberazione del Consiglio di Amministrazione di ARFEA del 12 maggio 2010 per violazione degli artt. 86 ss. D.Lgs. 163/06 e dei punti 15 e 17 del capitolato d'onori. Con il dodicesimo motivo aggiunto di ricorso, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 13, lett. d), all. 1 della deliberazione G.R. 8/10/2007, n. 34-7051 e dell'art. 84, D.Lgs. n. 163/2006; per l'illegittimità della statuizione di avviare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Elsag Datamat, in quanto assunta da una Commissione non validamente costituita. In particolare, Elsag ritiene che, ai sensi dell'art. 13 lett. d) dell'allegato 1 della d.G.R. 8 ottobre 2007, n. 34-7051, il Presidente ed un componente della Commissione dovessero essere nominati rispettivamente dalla Regione e dalla Provincia.

La società ARFEA (Amministrazione resistente e la Siemens It Solutions and Services S.p.A. (controinteressata) nel costituirsi in giudizio hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità ed, in subordine, il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti.

Questo Tribunale, con l'ordinanza n. 652 del 10 settembre 2010, ha accolto la domanda cautelare proposta con il ricorso ed i motivi aggiunti di Elsag, sospendendo l'esecuzione degli atti impugnati.

4. In data 14 settembre 2010, Siemens ha presentato alla stazione appaltante istanza di accesso alla documentazione relativa all'offerta di Elsag, al fine di verificarne la consistenza tanto formale, quanto sostanziale, ed eventualmente proporre, ove fossero riscontrate irregolarità, ricorso incidentale.

Siemens, in data 28 ottobre 2010, ha proposto ricorso per accesso agli atti ex art. 116 D.Lgs. n. 104/2010, chiedendo l'esibizione di predetta documentazione.

Nella Camera di Consiglio del 19 gennaio 2011, questo Tribunale ha ordinato (ordinanza resa nel verbale di udienza camerale) ad ARFEA l'esibizione delle

offerte tecniche ed economiche sia di Siemens che di Elsag ed ARFEA ha ottemperato all'ordine.

Alla pubblica udienza del 26 Ottobre 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1 - Il ricorso è ammissibile.

Non meritano, infatti, accoglimento le eccezioni di inammissibilità con riguardo al difetto di giurisdizione di questo Tribunale e alla mancata notifica del ricorso introduttivo del giudizio alla parte controinteressata, sollevate dalla difesa di ARFEA nelle memorie 6/7/2010 e 27/7/2010.

In primo luogo, si solleva "il dubbio che il Giudice Amministrativo sia sprovvisto di giurisdizione per la presente controversia", essendo ARFEA "impresa privata" che gestisce un servizio pubblico.

Condivide il Collegio l'argomentazione difensiva svolta dalla parte ricorrente secondo la quale è proprio controparte a riconoscere che è stata "la normativa regionale" ad aver "imposto" ad ARFEA lo svolgimento della gara per la fornitura del sistema di bigliettazione BIP (pag. 11, memoria ARFEA 6/7/2010).

La Regione Piemonte ha stabilito l'obbligo per le aziende di trasporto locale — qual è appunto ARFEA — di espletare la procedura ad evidenza pubblica quale inevitabile e imprescindibile condizione per accedere al finanziamento regionale per l'introduzione dei sistemi di bigliettazione elettronica. Secondo quanto stabilito dall'art. 4.13 dell'allegato 1 alla deliberazione G.R. 8/7/2007, n. 34-7051 ("Progetto Biglietto Integrato Piemonte (bip): approvazione delle disposizioni tecniche, organizzative e gestionali e avvio delle procedure per il cofinanziamento alle aziende di trasporto pubblico locale", lo svolgimento delle gare per l'attuazione del progetto BIP è stato demandato dalla Regione alle singole aziende di trasporto, le quali erano tenute ad espletarle nell'ambito delle rispettive comunità tariffarie/ambiti provinciali.

Quanto sopra viene riportato anche nel bando pubblicato sulla G.U.C.E. da ARFEA, il quale dà atto che: "l'avviso riguarda un appalto pubblico" (punto 11.1.3.); ARFEA deve considerarsi "amministrazione aggiudicatrice" (punto I.1.); "la fornitura è finanziata con i contributi della Regione Piemonte in base alla D.G.R. 34-7051 del 8.10.2007" (punto III.1.2.).

Essendo ARFEA un soggetto comunque tenuto all'applicazione della normativa in materia di evidenza pubblica, la controversia instaurata da Elsag Datamat deve ritenersi devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 244, d.lgs. n. 163/2006).

Va richiamata, a tal proposito, la giurisprudenza sia delle Sezioni unite della Corte di cassazione che dal Consiglio di Stato, secondo cui spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 133 il comma 1 lettera e) n. 1) (e precedentemente dell'art. 244 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163), la controversia avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto di affidamento di un appalto pubblico, adottato all'esito di una gara pubblica da una società a capitale interamente pubblico costituita da un comune e dallo stesso finanziata per la gestione di un servizio pubblico, perché conferito da un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico (qualifica, questa, non incompatibile con quella di impresa pubblica), in quanto istituito e finanziato da un ente pubblico per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale in regime non concorrenziale, rispetto alle quali l'eventuale svolgimento di attività commerciale o industriale assume carattere strumentale (Cassazione civile , sez. un., 26 ottobre 2009 , n. 22584, Consiglio Stato , sez. VI, 10 settembre 2008 , n. 4309).

2 - Sotto altro aspetto si eccepisce l'inammissibilità dell'impugnativa in quanto Elsag Datamat avrebbe omesso la notifica del ricorso introduttivo al soggetto secondo graduato e potenzialmente destinato a divenire aggiudicatario della commessa.

Anche tale eccezione è, ad avviso del collegio, infondata.

Il ricorso 23/6/2010 è stato rivolto avverso la nota a firma del Presidente di ARFEA 19/5/2010, prot. n. 5424/10, con la quale la stessa ARFEA ha comunicato a Elsag Datamat unicamente l'esclusione dell'offerta dalla gara per la fornitura del sistema BIP "perché anormalmente bassa ai sensi degli articoli 87—89 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006".

Alla data di proposizione dell'impugnativa, pertanto, Elsag Datamat non era a conoscenza della deliberazione del Consiglio di Amministrazione di ARFEA del 12/5/2010, con la quale era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della commessa in favore di Siemens.

Elsag Datamat non era, pertanto, a conoscenza né del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto né - conseguentemente - del soggetto aggiudicatario.

Ad avviso del collegio, infatti, in caso di impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedimento di evidenza pubblica prima dell'aggiudicazione provvisoria non sono configurabili controinteressati ... poiché l'interesse degli altri partecipanti ammessi ... va qualificato come un mero interesse di fatto, non tutelato dall'ordinamento giuridico, a differenza dal caso che ne occupa — l'esclusione dell'originario aggiudicatario e l'assegnazione della commessa ad altro concorrente erano state disposte e rese note al concorrente escluso contestualmente, con il conseguente onere, per quest'ultimo, di notificazione dell'impugnativa anche al nuovo aggiudicatario (nella qualità di soggetto controinteressato). Secondo un prevalente indirizzo giurisprudenziale, infatti, dopo aver collegio non ha motivo di discostarsi l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a. assume veste di controinteressato, nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara , potendo la ditta esclusa

rendersi conto del fatto che la sua impugnativa incide sulla posizione di altro soggetto privato (Consiglio Stato , sez. V, 27 ottobre 2005 , n. 6004).

Nel caso all'esame del collegio, invece, la nota di ARFEA 19/5/2010, prot. n. 5424/10 si è limitata a comunicare l'esclusione dalla gara di Elsag Datamat; - l'aggiudicazione provvisoria della gara al r.t.i. Siemens IT è stata conosciuta da Elsag Datamat soltanto il successivo 6/7/2010 e la posizione di controinteressato presuppone due elementi: il primo è che il soggetto sia nominativamente indicato nel provvedimento e sia agevolmente individuabile (c.d. elemento formale); il secondo che detto soggetto sia portatore di un interesse qualificato, analogo e contrario a quello che legittima l'azione del ricorrente (c.d. elemento sostanziale).

I suddetti elementi devono, tuttavia, risultare in maniera obiettiva dal contesto dell'atto impugnato e, nella fattispecie, dalla lettura della nota di ARFEA 19/5/2010, prot. n. 5424/10, risulta soltanto che la comunicazione dell'esclusione di Elsag Datamat dalla gara a causa della presunta anomalia della propria offerta.

3 - Parimenti infondata è l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti 20/7 e 23/8/2010, atteso che tali atti sono stati correttamente notificati nel termine di trenta giorni dalla conoscenza — rispettivamente — dell'aggiudicazione provvisoria (avvenuta 6/7/2010) e di quella definitiva (disposta il successivo 4/8/2010).

Nella memoria ARFEA del 27/7/2010 è stata sollevata l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti 20/7/2010, asserendo che tale atto:

- non avrebbe potuto essere notificato a "soggetti diversi dalle parti individuate nel ricorso introduttivo" (pag. 4, memoria controparte);
- "sarebbe comunque tardivo, in quanto notificato ben oltre il termine di trenta giorni ... decorrente dal momento in cui la Ricorrente ha avuto notizia dell'esclusione" (pag. 5, memoria controparte).

Le predette eccezioni non meritano accoglimento.

Per quanto riguarda il primo profilo, osserva il collegio che l'art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971 (come modificato dall'art. 1, comma 1, della legge n. 205/2000) nella parte in cui consente i motivi aggiunti in relazione a tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, fa riferimento alla necessaria identità soggettiva delle parti principali del rapporto controverso (amministrazione emanante e privato asseritamente leso dall'esito del procedimento) e non anche a tutti i soggetti interessati dagli effetti degli atti successivamente adottati, purché ritualmente intimati.

L'articolo 120 CPA, con l'evidente finalità di concentrare in un unico giudizio l'impugnazione degli atti di un'unica sequela procedimentale, impone di impugnare gli atti sopravvenuti della procedura di gara con motivi aggiunti a prescindere dalla coincidenza con le parti del giudizio individuate in base al ricorso introduttivo.

Infatti i motivi aggiunti proposti contro provvedimenti diversi, ritualmente notificati, possono essere trattati nell'ambito del medesimo giudizio, anche se riguardino parti diverse da quelle originarie, ove l'apprezzamento del giudice individui ragioni di connessione, dovendosi in tal caso ritenere, comunque, adottato un tacito provvedimento di riunione di ricorsi distinti (Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 12 aprile 2007, n. 258).

4 - Per quanto riguarda, invece, l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti del 20/7/2010, condivide il collegio mambo rilevato dalla difesa della parte ricorrente secondo cui con tale atto, Elsag Datamat ha impugnato il provvedimento di esclusione prodotto in giudizio da ARFEA soltanto il 6/7 luglio 2010.

Sul punto, va ribadito che tale provvedimento — e, in particolare, la motivazione dello stesso — non era conosciuto dalla ricorrente proprio perché ARFEA, non ne ha tempestivamente rilasciato copia. Conseguentemente il termine decadenziale d'impugnazione dalla mera comunicazione del provvedimento di esclusione di Elsag Datamat dalla gara è infondata.

Infine, ARFEA eccepisce la tardività della censura con la quale si lamenta l'illegittimità del comportamento di ARFEA, la quale ha inspiegabilmente modificato, incrementando, la base d'asta tra il bando (euro 1.246.175) e la lettera d'invito (euro 3.190.000).

Osserva il collegio che a tal proposito va richiamata la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 29/1/2003, n. 1), secondo cui l'immediata impugnazione del bando è richiesta "solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione" nonché "alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione" e a quelle "che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara".

Le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione, sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Consiglio Stato , sez. V, 04 marzo 2011 , n. 1380).

Conseguentemente, non sussisteva in capo ad Eltag Datamat l'onere di immediata impugnazione della lettera d'invito.

Quanto all'asserita rinuncia di Eltag Datamat a far valere la censura in questione osserva il collegio che la partecipazione alla gara in contestazione non manifesta affatto una volontà di incondizionata accettazione delle clausole adottate dall'amministrazione, né esprime la rinuncia a fare valere i vizi del procedimento lesivi degli interessi del concorrente", essendo a tal fine necessaria una chiara volontà di rinunciare alla loro impugnazione (Cons. Stato, Sez. V, 28/12/2001, n. 6431).

La censura predetta è stata dedotta dalla ricorrente "in via subordinata" e "nella qualità di operatore del settore oggetto della commessa" tenuto conto dell'interesse strumentale di Elsag Datamat all'integrale rinnovazione della procedura di gara.

5 - Il ricorso ed i motivi aggiunti sono fondati.

Meritano accoglimento, infatti, le censure con la quale si lamenta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara di Elsag Datamat.

La resistente ARFEA ha avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia pur non sussistendo i presupposti che la rendevano necessaria di cui agli artt. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006 e sulla base della decisione adottata da una Commissione giudicatrice che non ha esplicitato i motivi che l'avrebbero indotta a sospettare dell'anomalia dell'offerta di Elsag Datamat, ancorché non rientrasse all'interno della soglia di cui all'art. 86 del d.lgs. n. 163 ed, infine, ha demandato le attività di verifica ad un consulente esterno in violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006.

Osserva il collegio la verifica di congruità dell'offerta è stata disposta in assenza dei presupposti che la rendevano necessaria di cui agli artt. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006, non avendo riportato l'offerta tecnica di Elsag Datamat un punteggio superiore ai 4/5 di quello massimo previsto dalla lex specialis di gara (cfr. ricorso 23/6/2010, motivo sub II. e motivi aggiunti 20/7/2010, motivo sub XI.).

ARFEA, in violazione dell'art. 86, comma 3 del d.lgs. n. 163, non ha esplicitato quali sarebbero gli specifici elementi che l'hanno indotta ad avviare la verifica di anomalia.

Dall'esame del verbale della Commissione giudicatrice del 28/10/2009 si ricava che la decisione di procedere alla verifica della congruità dell'offerta economica della ricorrente è stata assunta unicamente, facendo riferimento alla nota a verbale prodotta dal rappresentante della concorrente Siemens a seguito dell'apertura delle buste delle offerte economiche (avvenuta nella medesima riunione del 28/9) e allegata al verbale della seduta.

Irrilevanti sono le argomentazioni a sostegno dell'opportunità della valutazione di anomalia (svolte dalla difesa di ARFEA a pag. 9 della memoria 7/9/2010), in quanto mai precedentemente esplicitate negli atti della stazione appaltante.

Conseguentemente, tali aspetti non possono essere ora presi in considerazione, non essendo consentito all'Amministrazione di integrare in sede giurisdizionale "la motivazione dell'atto impugnato con le deduzioni contenute in una memoria difensiva" (Cons. Stato, Sez. IV, 16/9/2008, n. 4368; cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. IV, 19/10/2004, n. 6722 e Sez. V, 6/6/1990, n. 501).

A ciò va aggiunto che, mentre l'art. 86, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici (secondo cui "Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara") impone un obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 3 (secondo cui "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"), si limita a facoltizzare la stazione appaltante a procedere alla suddetta verifica sempre che l'offerta, pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente, appaia, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa. Tale disciplina, quindi, distingue tra obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge e facoltà riservata all'Amministrazione di ipotizzare autonomamente, "in base ad elementi specifici", casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti.

Conseguentemente secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, al quale il collegio aderisce, in materia di verifica delle offerte anomale, deve ritenersi che

debba essere motivata la decisione di attendere alla verifica nonostante non ricorrano le condizioni indicate dall'art. 86, comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non anche quella di non procedere in tal senso (Consiglio di Stato VI 27 luglio 2011 n. 4489, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4270,

Infatti l'art. 86, co. 3, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, si pone in linea con quella giurisprudenza comunitaria secondo cui il sistema legislativo italiano - che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia - è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette (Corte di Giust. CE, 27 novembre 2001, CC-285-286/99).

La citata disposizione, quindi, è volta a chiarire che, anche al di fuori dei casi contemplati dall'art. 86, co. 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, alla stazione appaltante non può essere precluso di attendere alla verifica di congruità dell'offerta.

Si tratta di previsione facoltizzante, volta a riconoscere la sussistenza del potere della stazione appaltante, anche al di là dei casi di anomalia legislativamente predeterminati.

Il legislatore, anzi, nel riconoscere tale facoltà, ha inteso evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, laddove, anche per ragioni di economia dei mezzi giuridici, dispone che, perché si possa attivare la verifica di anomalia facoltativa, occorre che vi sia un *fumus*, un sospetto di anomalia, sulla base di "elementi specifici".

E' quanto induce a ritenere che debba essere motivata la decisione di attendere alla verifica nonostante non ricorrano le condizioni indicate dall'art. 86, co. 2, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non anche quella di non procedere in tal senso.

6 - Meritano, altresì, accoglimento le censure con la quale si lamenta che la valutazione di anomalia dell'offerta proposto dalla società ricorrente è stata effettuata da un organo esterno alla Amministrazione e non dalla stessa commissione giudicatrice preposta alla valutazione delle offerte.

Nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, ha ricoperto un ruolo centrale il consulente esterno ing. Franco Gazzotti, il quale:

- ha presieduto la Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte tecniche, la quale — a seguito dell'aggiudicazione provvisoria della commessa a Elsag Datamat — ha disposto l'avvio del procedimento di verifica dell'anomalia;
- ha redatto, nella qualità di esperto incaricato dalla stazione appaltante, una relazione sull'anomalia dell'offerta stessa le cui risultanze sono state recepite dal C.d.A. di ARFEA nel provvedimento di esclusione del 12/5/2010, senza essere previamente valutate dalla commissione giudicatrice.

Illegittimamente la stazione appaltante ha ritenuto, pertanto, di delegare le attività di verifica ad un consulente esterno, individuato (ancora) nella persona dell'ing. Franco Gazzotti, in violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, che prevede come l'espletamento del subprocedimento in questione da parte della stazione appaltante o avvalendosi dei propri uffici, ovvero mediante una commissione appositamente costituita (ricorso 23/6/2010, motivo sub IV).

Non ha pregio il rilievo secondo il quale ARFEA, nella deliberazione 12/5/2010, ha "ritenuto di svolgere comunque ... proprie valutazioni distinte ed ulteriori" rispetto a quelle a cui era pervenuto il tecnico incaricato.

Tale affermazione non trova riscontro nell'iter motivazionale seguito dalla stazione appaltante nel provvedimento, la quale si è limitata a recepire le considerazioni svolte dal consulente senza esplicitare in cosa consistano le valutazioni distinte ed ulteriori poste a fondamento dell'esclusione dell'offerta.

Condivide il collegio l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il potere di disporre l'esclusione di una offerta perché ritenuta anomala spetta alla commissione di gara, tramite il responsabile del procedimento, così come ormai previsto dall'art. 121, commi 2 e 10, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.ù

Infatti, attraverso la valutazione dell'anomalia, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste (Consiglio di Stato IV 6 ottobre 2011 n. 5491; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584).

Si legge nella prima sentenza sopra richiamata che “deve invero notarsi che la questione ha avuto soluzioni differenziate nell’ambito del dibattito giurisprudenziale, sebbene al momento debba ritenersi del tutto superata in virtù dell’esplicita attribuzione di tale potere alla commissione di gara, tramite il responsabile del procedimento, fatta dall’art. 121, commi 2 e 10, del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010. Tuttavia, anche in un contesto non del tutto univoco, questo Consiglio, seguendo un ordine argomentativo a cui la Sezione ritiene di aderire, aveva già evidenziato come sia addirittura suscettibile di annullamento l’evento contrario, ossia quello della verifica condotta direttamente dal responsabile del procedimento senza alcun apporto della commissione di valutazione, e ciò sulla considerazione che "attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste" (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584)”.

7 – Fondata è anche la censura con la quale si lamenta la illegittima composizione della commissione giudicatrice.

L'ing. Gazzotti ha ricoperto illegittimamente il ruolo di Presidente della Commissione giudicatrice, atteso che - secondo quanto stabilito dall'art. 13, lett. d) dell'allegato I alla deliberazione G.R. 8/10/2007, n. 34-7051 - la nomina del Presidente della Commissione avrebbe dovuto essere effettuata da parte della Regione Piemonte.

In ogni caso, la presidenza del seggio di gara avrebbe dovuto essere attribuita ad un dirigente della stazione appaltante o ad un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. motivi aggiunti 20/7/2010, motivo sub XII.).

8 - Fondate sono anche le censure riguardanti la motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta proposta dalla parte ricorrente.

ARFEA non ha fornito ad Elsag Datamat alcun documento della gara, avendo, tra l'altro, provveduto a depositare la delibera di esclusione - mai comunicata ad Elsag Datamat - oltre un mese e mezzo dopo la sua adozione; né a tal fine potrebbe rilevare l'intervenuta trasmissione della nota 5/5/2010, come inopinatamente sostenuto dalla difesa della stazione appaltante; tale comunicazione conteneva unicamente le "conclusioni provvisorie" cui era giunta la stazione appaltante, con la conseguente irrilevanza delle stesse ai fini dell'effettiva conoscenza delle ragioni poste a fondamento dell'esclusione.

Soltanto a seguito della comunicazione di Elsag Datamat del 2/12/2009 ARFEA ha richiesto chiarimenti di carattere generale sul contenuto dell'offerta economica.

Elsag Datamat ha fornito ad ARFEA i chiarimenti utili a dimostrare la verità dell'offerta economica, avendo attestato, tra l'altro, di ricavare sia un ragionevole margine di utile (pari al 5% dell'offerta) nell'esecuzione della fornitura sulla prestazione eventuale e accessoria dell'estensione del servizio di garanzia.

I chiarimenti forniti da Elsag Datamat in ordine alla congruità del corrispettivo relativo alla fornitura del sistema di bigliettazione appaiono coerenti alla luce dei rilievi formulati dall'amministrazione resisté; per contro, ARFEA ha ritenuto di proseguire la verifica in relazione all'estensione del servizio di garanzia, senza considerare che detto servizio costituisce una prestazione soltanto eventuale ed accessoria.

Sul punto va, infatti, ricordato che, in base all'art. 12 del capitolato d'onori è "facoltà" delle aziende contraenti, "a propria discrezione e senza alcun obbligo nei confronti dell'aggiudicatario, procedere

O meno all'attivazione della suddetta estensione secondo le modalità e le tempistiche che saranno ritenute più opportune".

Si tratta di un'attività eventuale oltre che accessoria, che non viene disciplinata nelle "modalità" e nelle "tempistiche" esecutive. Il capitolato d'onori, infatti, non determina, né individua con precisione i contenuti della prestazione accessoria, non prevedendo neppure le modalità di esecuzione degli interventi manutentivi.

Ciò evidenzia l'irragionevolezza e l'erroneità dell'esclusione disposta da ARFEA alla luce della giurisprudenza, condivisa dal collegio, la quale ha ritenuto che la verifica di congruità va condotta con riferimento all'offerta nel suo complesso e deve quindi ritenersi illegittima l'esclusione di una determinata impresa che, per le prestazioni accessorie e secondarie, abbia formulato un'offerta pari a zero (v. Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5096 e 20 ottobre 2005, n. 5893; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5/11/2008, n. 2770).

La verifica svolta dalla stazione appaltante su aspetti secondari, qual è l'utile ricavabile dalla prestazione accessoria, si appalesa in contrasto con lo spirito della disciplina comunitaria in tema di verifica dell'anomalia delle offerte.

In tal senso, è stata puntualmente evidenziata (Corte di Giustizia CE, Sez. IV, 15/5/2008, in cause C-147/06 e C-148/06) la necessità che i concorrenti possano

"beneficiare di economie di scala rilevanti o, desiderando ridurre al minimo i propri margini di profitto al fine di inserirsi più efficacemente nel mercato di riferimento, ... di presentare un'offerta competitiva e nel contempo seria e affidabile". Il che è avvenuto, tenuto conto che Elsag Datamat ha dimostrato di aver formulato, per la prestazione principale, un'offerta non contestata in termini di adeguatezza con un margine di utile del 5% e di beneficiare di elementi e situazioni tali da consentirle di perseguire un utile, pur se inferiore al 5%, anche per la prestazione accessoria.

Per contro, ARFEA, disattendendo la disciplina comunitaria, ha ritenuto di valutare anomala l'offerta complessiva di Elsag Datamat sulla base di un giudizio di non congruità del corrispettivo indicato per la prestazione eventuale e accessoria dell'estensione del servizio di garanzia.

Quanto al merito del giudizio di anomalia espresso dal consulente esterno, la valutazione appare illogica in quanto non correlata ad una adeguata valutazione della situazione di fatto.

L'analisi svolta dal consulente di ARFEA (e immotivatamente recepita da quest'ultima) muove dal presupposto che, ove il servizio di garanzia venisse esteso, si verificherebbe un'esatta corrispondenza tra numero presunto dei guasti, interventi manutentivi e trasferte.

Il che non è.

Il punto 12 del capitolato d'onere non determina i contenuti della prestazione accessoria, prevedendo che ARFEA, oltre a decidere discrezionalmente se "procedere o meno all'attivazione della ... estensione", possa indicare "modalità" e "tempistiche" esecutive. Nessuna clausola della *lex specialis*, dunque, individuava e individua con precisione quali siano le modalità di esecuzione del servizio di garanzia in estensione.

Non appare riscontrabile dagli atti che disciplinano la specifica procedura di gara la regola sulla base della quale il consulente ha ritenuto di affermare un'astratta equivalenza tra (presunto) numero dei guasti, degli interventi manutentivi e delle trasferte.

ARFEA non ha tenuto conto che il computo del numero degli interventi di manutenzione "in trasferta" non ricomprende gli interventi correttivi realizzati da personale residente in sito; mentre tale circostanza era, peraltro, stata evidenziata da Elsag Datamat nei chiarimenti forniti in data 11/1/2010 (ns. prod. n. 5), laddove è precisato che il servizio di estensione di garanzia comprende "un servizio di supporto tecnico per 200 giornate/anno ... fornito da un tecnico addestrato, residente in zona, che sarà dedicato al sistema BIP della Provincia di Alessandria" (punto 4.4.).

Il criterio seguito dal consulente, fatto proprio da ARFEA, non tiene conto il logicamente della circostanza che il punto 11 del capitolato speciale — nel disciplinare il servizio di garanzia "contrattuale" — non stabilisce che ad ogni guasto corrisponde un intervento in situ e una trasferta.

La clausola predetta prevede, tra l'altro, che vengano consegnate "all'aggiudicatario" le "apparecchiature difettose ... tramite spedizione a cura dell'Azienda contraente"; la restituzione di tali apparecchiature (riparate) sia "a totale cura e spese dell'aggiudicatario" e avvenga "nel termine massimo di 15 giorni lavorativi a partire dalla data di ricevimento del materiale da riparare".

Immotivata appare, pertanto, la valutazione della società ARFEA, secondo la quale è incongrua la stima effettuata da Elsag Datamat — con riferimento al servizio di manutenzione con riguardo all'utilizzazione di un "servizio di supporto tecnico per 200 giornate/uomo" (corrispondente con quanto stabilito dal penultimo comma del punto 11 del capitolato d'onori) e l'effettuazione di circa 100 trasferte.

Ad avviso del collegio sono, pertanto, immotivate e non correlata alla tipologia del servizio richieste agli concorrenti le conclusioni cui perviene consulente di ARFEA sulla base dei calcoli dallo stesso effettuati, il quale afferma che Elsag Datamat dovrebbe garantire in situ un numero di ben 389 o 281 interventi su 365 giorni.

L'irragionevolezza di detta conclusione è resa evidente dalla circostanza che la stessa omette di considerare le specifiche indicazioni contenute nell'art. 11 del capitolato (che prevede la consegna delle apparecchiature difettose all'aggiudicatario tramite spedizione a cura della stazione appaltante e la restituzione delle stesse nel termine di 15 giorni dalla data di ricevimento del materiale da riparare).

9 - Fondata è, infine, la censura con la quale si lamenta che la stazione appaltante ha modificato la base d'asta tra il bando (euro 1.246.175) e la lettera d'invito (euro 3.190.000).

Osserva a tal proposito il collegio che nelle procedure di gara ristrette la modifica di una clausola di un bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto mediante lettera di invito, lede i principi di uniformità della procedura, di massima partecipazione, di affidamento e di concorrenza, giacché si tratta di un atto distinto e inidoneo a rettificare il bando che ne è a monte, occorrendo all'uopo incidere sulla "lex specialis" della gara con un "contrarius actus"; va pertanto dichiarata illegittima la clausola della lettera invito oggetto del giudizio che prevede un importo diverso a base d'asta rispetto a quello stabilito nel bando (Consiglio Stato , sez. II, 7 marzo 2001 , n. 149).

10 - Il ricorso ed i motivi aggiunti vanno, pertanto, accolti e va disposto l'annullamento:

- della nota a firma del Presidente di ARFEA - Aziende Riunite Filovie e Autolinee s.p.a. 19.5.2010, prot. n. 5424/10, con la quale è stata comunicata l'esclusione di Elsag Datamat dalla gara indetta dalla stessa ARFEA per l'affidamento della

fornitura e posa in opera del sistema di bigliettazione elettronica denominato BIP per i servizi di trasporto pubblico locale del bacino di Alessandria;

- del provvedimento in data 14.5.2010, con il quale gli organi di ARFEA hanno deliberato di escludere l'offerta di Elsag Datamat dalla gara per l'affidamento della fornitura e posa in opera del sistema "BIP";

- della nota a firma del Presidente di ARFEA 10.12.2009, prot. n. 11927/09, con la quale ARFEA ha chiesto a Elsag Datamat di fornire chiarimenti su taluni elementi della propria offerta economica;

- della nota a firma del Presidente di ARFEA 16.3.2010, prot. n. 2921/10, con la quale ARFEA ha chiesto a Elsag Datamat ulteriori informazioni in relazione agli aspetti economici della propria offerta;

- del verbale della seduta in contraddittorio con Elsag Datamat in data 26.3.2010;

- della nota a firma del Presidente di ARFEA 5.5.2010, prot. n. 4830/10;

- del verbale del Consiglio di Amministrazione di ARFEA 12.5.2010, con il quale è stata disposta l'esclusione dalla gara di Elsag Datamat a causa della anomalia dell'offerta, nonché la provvisoria aggiudicazione dell'appalto al concorrente secondo classificato;

- del provvedimento del Consiglio di Amministrazione di ARFEA di nomina della Commissione giudicatrice (non conosciuto);

- del verbale della Commissione giudicatrice 28.10.2009;

- della nota a firma dell'Amministratore delegato di ARFEA 4.8.2010, prot. n. 8546/2010, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in questione;

- della lettera d'invito limitatamente alla clausola oggetto del giudizio che prevede un importo diverso a base d'asta rispetto a quello stabilito nel bando.

11 - In considerazione della complessità e novità delle questioni giuridiche oggetto del giudizio va disposta la compensazione tra le parti disperse ed onorari del

giudizio ad eccezione del contributo unificato, versato dalla parte ricorrente, per il quale la normativa vigente non ammette compensazione e in relazione al cui importo va condannata l'amministrazione resistente ARFEA al pagamento in favore della parte ricorrente nell'importo da quest'ultima versato. La disposizione di cui art. 13 del D.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002, che impone il rimborso del contributo unificato in favore del ricorrente vittorioso nel giudizio, trova applicazione a prescindere dalla decisione del giudice in ordine alle spese del giudizio, essendo connessa esclusivamente al verificarsi dello stato di fatto connesso all'accoglimento del ricorso (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 26 aprile 2010 , n. 947).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso ed i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini e limiti di cui in motivazione.

Compensa interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio, ad eccezione del contributo unificato, versato dalla parte ricorrente, per il quale la normativa vigente non ammette compensazione e in relazione al cui importo va condannata l'amministrazione resistente ARFEA al pagamento in favore della parte ricorrente nell'importo da quest'ultima versato.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente, Estensore

Ofelia Fratamico, Referendario

Manuela Sinigoi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2011

IL SEGRETARIO

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