

N. 00013/2015 REG.PROV.COLL.  
N. 00234/2014 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 l' Abruzzo**

**sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 234 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ceie Power S.p.A. e Ceit Impianti S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Salvatore Napolitano, Giuliano Milia, con domicilio eletto presso Giuliano Milia in Pescara, Piazza Alessandrini,14;

*contro*

Pescara Gas S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Montanino, con domicilio eletto presso Carlo Montanino in Pescara, Via Pesaro 21;

*nei confronti di*

Cpl Concordia Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, Via G. D'Annunzio 142;

*per l'annullamento*

della nota n. prot. 477/14 del 25 giugno 2014 con la quale la Pescara Gas S.p.A. ha comunicato alla società ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Pescara; dei verbali della Commissione di gara n. 13 del 24.04.2014 e n. 14 del 25.06.2014;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pescara Gas S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Cpl Concordia Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi l'avv. Stefano Gallo, su delega dell'avv. Giuliano Milia, per le parti ricorrenti e l'avv. Giulio Cerceo, su delega dell'avv. Angelo Clarizia, per la società Concordia quale controinteressata e ricorrente incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato tra l'altro la nota della Commissione di gara della stazione appaltante Pescara Gas Spa n.477/14 del 25 giugno 2016 nonchè il verbale di gara n. 14 del 25 giugno 2014, con il quale la Commissione di gara (indetta per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Pescara, con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa) l'ha esclusa per anomalia dell'offerta, all'esito delle "indicazioni del RUP esitate dall'analisi dei

prezzi di mercato e dal confronto con la costituenda RTI offerente Ceie power-Ceit impianti”.

Come ammesso dalla capogruppo RTI ricorrente, tale nota e il verbale di esclusione le sono stati comunicati e messi a disposizione in data 25 giugno 2014, tuttavia la medesima afferma che le approfondite motivazioni relative al giudizio di non congruità dell'offerta le ha potute apprendere solo in data 8 luglio 2014.

Secondo la ricorrente, infatti, il verbale di gara n. 14 del 25 giugno 2014 conterrebbe le motivazioni dell'esclusione richiamando solo le conclusioni formulate dal RUP nella propria nota del 19 giugno 2014, nel senso di ritenere l'offerta dell'ATI in questione “nel complesso incerta ed inattendibile, e dunque anomala ed incongrua”, omettendo a suo dire le reali motivazioni sottese al provvedimento di esclusione.

Il ricorso risulta portato alla notifica il 14 luglio 2014.

La ricorrente lamenta che la circostanza di non essere stata tempestivamente messa a conoscenza delle motivazioni dell'esclusione violerebbe il disposto di cui all'articolo 79 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Poi lamenta che il giudizio di anomalia sarebbe errato innanzitutto per quanto riguarda gli investimenti eccedenti il minimo d'obbligo del 10%, in quanto la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto del fatto che nella sua offerta non sono stati utilizzati i prezziari previsti dalla legge di gara poiché ha proposto investimenti con voci che non sono contemplate affatto in detti prezziari.

Inoltre rispetto ai prezzi ufficiali Philips godrebbe di condizioni di assoluto vantaggio.

Quanto invece agli sconti applicati sul medesimo listino Philips nell'offerta, la ricorrente ribadisce di aver documentato di essere partner e centro di assistenza certificato di Philips e quindi può realizzare da sé la manutenzione e la prevenzione.

Evidenzia pertanto che già in sede di chiarimenti ha precisato che l'importo degli investimenti eccedenti il minimo d'obbligo del 10% è pari ad euro 21.663.413,48 solo al lordo di detti listini, mentre al netto, cioè con riguardo al costo che la medesima deve sostenere, detto importo scende ad euro 5.569.201,80.

Si duole quindi del fatto che la stazione appaltante, invece di procedere a verificare la congruità dell'offerta (lorda) al netto, ha comparato detti prezzi lordi del listino Philips con quelli di diversi prodotti aventi caratteristiche analoghe, peraltro al di fuori di ogni contraddittorio e in assenza di motivazione (necessari tanto più che si tratta di articoli ad alto contenuto tecnologico).

In ogni caso un eccesso al lodo rispetto ai prezzi di mercato non renderebbe l'offerta anomala e poco attendibile, poiché il giudizio sulla serietà dell'impegno andrebbe fatta al netto, per vedere se l'offerta apparentemente anomala non sia compensata appunto da economie.

Con riguardo poi ai prezzi compresi nei listini previsti dalla legge di gara, poi, il RUP avrebbe concluso per una immotivata scontistica fuori mercato senza tener conto invece delle puntuali giustificazioni dell'ATI e di altri prezzi maggiori di quello di mercato che appunto consentirebbero delle compensazioni guardando l'offerta nel suo complesso.

Inoltre la decisione apparirebbe irragionevole perché recentemente la medesima stazione appaltante avrebbe affidato mediante cottimo

fiduciario il servizio di manutenzione straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e semafori con ribassi di circa il 62,638%.

Sarebbe poi generica l'affermazione del RUP secondo cui in sede di giustificazioni la ricorrente avrebbe modificato l'offerta in relazione ad alcuni qualificanti parametri.

A titolo di risarcimento danni, poi, la ricorrente chiede, in subordine rispetto alla domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara, la condanna al pagamento del mancato utile pari al 10% del corrispettivo al netto del ribasso offerto, oltre al danno cd. curricolare.

Con motivi aggiunti depositati il 4 settembre 2014, la ricorrente ha esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società CPL Concordia Sooc. Coop., e integrato le censure avverso gli atti di esclusione impugnati in via principale, sul presupposto di essere venuta a conoscenza di ulteriori ragioni di censura a seguito dell'accesso agli atti espletato in data 22 agosto 2014; ha poi proposto anche ulteriori motivi aggiunti depositati il 4 novembre 2014, avverso la legge di gara, rappresentando di aver maturato tale interesse solo a seguito della proposizione del ricorso incidentale.

Ha censurato in particolare una disparità di trattamento perché, nel controllo di anomalia dell'aggiudicataria, la stazione appaltante si sarebbe avvalsa dei prezzi di listino dei fornitori di quest'ultima, circostanza non avvenuta nel caso appunto della ricorrente, e si sarebbe poi accontentata dei chiarimenti, pur in mancanza di giustificazioni e preventivi a comprova dei prezzi offerti per una serie di servizi.

Peraltro anche comparando gli importi al netto dell'aggiudicataria e della ricorrente, l'offerta di quest'ultima sarebbe prevalente come importo complessivo (circostanza precisata nella memoria del 30 settembre 2014).

L'aggiudicataria ha presentato ricorso incidentale notificato il 30 aprile 2014, con il quale sono stati censurati i verbali di gara nella parte in cui non si è provveduto ad escludere la ricorrente prima di procedere alla valutazione nel merito della sua offerta.

In particolare, l'associata Ceie Impianti srl si sarebbe avvalsa dei requisiti tecnici ed economici di Ceie Power senza indicare nel contratto di avvalimento il possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento in capo all'ausiliaria, in violazione dell'articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006; il medesimo contratto di avvalimento poi sarebbe generico perché con esso l'ausiliaria non avrebbe indicato le specifiche risorse da mettere a disposizione della Ceie Impianti né avrebbe tantomeno assunto uno specifico impegno in proposito, introducendo una clausola secondo cui i rapporti patrimoniali e di cantiere tra le due imprese sarebbero stati regolati con un successivo patto aggiunto.

A tal fine, poi, la commissione esaminatrice, nella seduta dal 5 marzo 2014, pur rilevando la genericità del contratto di avvalimento, avrebbe illegittimamente richiesto una integrazione documentale del contratto stesso, benché si trattasse di impegni negoziali e non di mere irregolarità sanabili con il cd. soccorso istruttorio.

La controinteressata ricorrente incidentale ha poi censurato, anche con successivi motivi aggiunti, tra l'altro, la non conformità alle leggi di gara delle referenze bancarie prodotte dall'Ati ricorrente principale, la mancata produzione delle dichiarazioni di cui

all'articolo 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 da parte di un direttore operativo con funzioni di rappresentanza, nonché altre ragioni di anomalia e quindi di esclusione dell'offerta della ricorrente stessa.

All'udienza del 20 novembre 2014 la causa è passata in decisione.

Preliminarmente, il Collegio ritiene debba essere esaminato con priorità il ricorso incidentale, avendo esso carattere cd. "escludente" (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 4986 del 2014).

Il ricorso incidentale è fondato.

Risulta assorbente la dedotta genericità del contratto di avvalimento.

Sul punto, la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, è ormai pacifica nel ritenere che ai fini della validità dell'avvalimento, è necessaria un'analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 4595 del 2014).

Ciò premesso, esaminando il contratto di avvalimento tra Ceie Power spa e Ceit Impianti srl, si rileva che l'ausiliaria Ceie Power si impegna a mettere a disposizione della Ceit "i seguenti requisiti: a) Realizzazione negli ultimi 3 esercizi di un fatturato...; b) aver svolto nell'ultimo triennio (2010,2011 e 2012) servizi ... nel settore oggetto del presente appalto...L'impegno di cui al punto precedente decorre dalla data del presente contratto ed è assunto per l'intera durata dell'appalto...".

Si tratta di un esempio classico del cd. avvalimento cartolare che non è ammesso dalla giurisprudenza, secondo cui appunto è insufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo del contratto, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" o espressioni equivalenti; e ciò a

tutela dell'esigenza di assicurare l'effettività dell'impegno assunto con il contratto (cfr. Tar Lazio, sentenza n. 1287 del 2014).

A determinare un diversa conclusione non vale neanche la circostanza che le parti abbiano apposto una clausola secondo cui: "Le parti danno atto che la disciplina dei rapporti patrimoniali e quelli di cantiere attinenti il presente avvalimento saranno regolati con atto contrattuale a parte, che farà integralmente parte del presente accordo".

All'evidenza, infatti, essa non specifica il contenuto di tale impegno, ma ne rimanda l'assunzione confermando così il carattere generico della pattuizione.

Ne consegue ulteriormente che il comportamento della commissione di gara che ha consentito la produzione di questo patto aggiunto non appare legittimo, non trattandosi appunto di una mera irregolarità sanabile con il cd. soccorso istruttorio, ma appunto di una inammissibile integrazione di un elemento essenziale dell'offerta o comunque della produzione postuma di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 294 del 2014).

La fondatezza del ricorso incidentale determina la carenza di interesse al ricorso principale avverso l'esclusione, atteso che la ricorrente comunque sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

Le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)



definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso incidentale.

Dichiara inammissibile il principale.

Condanna la parte ricorrente al pagamento nei confronti della resistente e della ricorrente incidentale della somma di euro 3.000 ciascuna, oltre iva, cpa, e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Dino Nazzaro, Presidente FF

Alberto Tramaglino, Consigliere

Massimiliano Ballorini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2015

IL SEGRETARIO

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