



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2077 del 2010, proposto dalla società Luminafero S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Linzola e Giuseppe Ramadori, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Ramadori in Roma, via Marcello Prestinari, n.13;

***contro***

Comune di Pieve Porto Morone in persona del sindaco;

***nei confronti di***

Elettrovic s.n.c., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Monica Marelli e Vania Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Vania Romano in Roma, viale Mazzini n. 6;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Milano: Sezione I n. 06073/2009, concernente: affidamento del servizio di illuminazione votiva presso i cimiteri comunali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Elettrovic Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2010 il Cons. Cesare Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Masini, per delega dell'Avv. Ramadori, e Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La società Luminafero s.r.l. ha partecipato alla gara informale indetta dal Comune di Pieve Porto Morone per l'aggiudicazione del servizio di illuminazione votiva presso i due cimiteri comunali.

1.1. Nell'originario bando di gara era previsto l'invito di almeno cinque ditte del settore che, in relazione al requisito di capacità tecnica/professionale, avrebbero dovuto dichiarare di avere svolto analogo servizio in almeno cinque Amministrazioni comunali con popolazione non inferiore a 3000 abitanti.

1.2. La clausola fu modificata dal Comune con deliberazione della Giunta n. 119 del 23 dicembre 2008, dopo l'accoglimento con ordinanza n. 1839/08 in data 17.12.2008 del T.A.R. della Lombardia, della domanda di sospensiva nel ricorso proposto dalla società Elettrovic. Quest'ultima aveva denunciato la violazione del principio di proporzionalità nella scelta del requisito di partecipazione, in quanto nel Comune di Pieve Porto Morone era residente una popolazione di soli 1.500 abitanti.

1.3. Adeguandosi al giudizio esplicitato in sede cautelare, il requisito di capacità tecnica/professionale di accesso alla gara per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, fu diminuito da cinque comuni, con almeno 3000 abitanti ad un solo comune sempre di 3000 abitanti.

1.4. Così riformulato, il bando di gara prevedeva che la Commissione avesse a disposizione 100 punti: - 20 punti da assegnare per la qualità dei progetti di rinnovo degli impianti elettrici (10 punti) e per la qualità dell'impianto di videosorveglianza (10 punti); - 80 punti da assegnare per l'offerta in aumento rispetto alla percentuale minima di compartecipazione sui proventi del 25% in favore del Comune. La Commissione doveva attribuire un punto per ogni punto percentuale di aumento calcolato sul 25% già in favore del Comune.

1.5. Il giorno 27 gennaio 2009, il Comune ha ricevuto due sole offerte: una della odierna appellante, Luminafero s.r.l., l'altra della Elettrovic s.n.c. aggiudicataria della gara.

1.6. Entrambe le ditte hanno ottenuto lo stesso punteggio, in sede di gara, sulla valutazione tecnica degli impianti (punti 18/20), mentre sul maggior rialzo della quota da attribuire all'Amministrazione comunale, l'appellante ditta Luminafero s.r.l., offriva un rialzo del 7%, conseguendo punti 7, l'aggiudicataria ditta Elettrovic s.n.c. offriva un rialzo dell'80%, il massimo possibile, conseguendo per l'effetto 80 punti.

1.7. La gara si concludeva quindi con l'aggiudicazione definitiva a Elettrovic s.n.c. con il punteggio totale di 98 (18+80) contro i punti 25 (18+7) conseguiti dalla ditta Luminafero s.r.l.

1.8. La stazione appaltante non provvedeva alla verifica dell'anomalia dell'offerta dichiarata vincitrice in sede di gara.

2. Avverso l'aggiudicazione la ditta Luminafero ha interposto ricorso giurisdizionale al T.A.R. per la Lombardia, Milano, per violazione di legge, articolando quattro distinte censure:

- non era stata effettuata alcuna verifica di anomalia dell'offerta, come necessario ai sensi dell'art. 30 del Codice degli appalti:

- la ditta Elettrovic s.r.l. doveva essere esclusa dalla gara per non avere prodotto la documentazione planimetrica richiesta dall'art. 9 lett. b) del bando;
- la commissione di gara era stata costituita prima del termine della scadenza delle offerte, in violazione dell'art. 84, co. 10 D.Lgs. n. 163/2006;
- il nuovo bando prevedeva requisiti troppo generici di capacità tecnica per la concessione da affidare, violando anche nella diversa formulazione, il principio di proporzionalità.

2.1. Il ricorso della società Luminafero è stato rigettato con l'impugnata sentenza n. 6073/09, del 23 dicembre 2009.

2.2. Il Tribunale ha disatteso in fatto il secondo motivo, in quanto i documenti asseritamente mancanti erano stati depositati, ha ritenuto infondato il terzo motivo in quanto l'illegittima composizione della Commissione non avrebbe comunque influito sul risultato definitivo della gara non essendo stata superata la cd. prova di resistenza, ha respinto il quarto motivo, non ravvisando la violazione del principio di proporzionalità.

2.3. Relativamente al primo motivo la sentenza ha affermato che, in disparte l'applicazione dell'anomalia delle offerte alle concessioni di pubblico servizio, il bando di gara prevedeva già una sorta "soglia di sicurezza", pari al 45% della compartecipazione agli utili: l'offerta di Elettrovic s.n.c. non doveva ritenersi anomala perché pari al predetto limite previsto dalla lex specialis consistente nel massimo rialzo, che segna la soglia dell'anomalia.

3. La sentenza è appellata dalla società Luminafero s.r.l.. Si è costituita in giudizio la società Elettrovic. Non si è costituito il comune di Pieve Porto Morone.

## DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata n. 6073/09, del 23 dicembre 2009, è stato rigettato il ricorso della società Luminafero avverso l'aggiudicazione alla società Elettrovic

s.n.c. della gara informale indetta dal Comune di Pieve Porto Morone per l'espletamento del servizio di illuminazione votiva presso i due cimiteri comunali.

1.1. Nella graduatoria di merito, la società Elettrovic s.n.c. ha conseguito il punteggio totale di punti 98 (di cui 18 per la qualità dei progetti e 80 per l'offerta in aumento rispetto alla compartecipazione sui proventi a favore del comune) contro i punti 25 (di cui 18 per la qualità dei progetti e 7 per l'offerta in aumento rispetto alla compartecipazione sui proventi a favore del comune) conseguiti dalla ditta Luminafero s.r.l.

1.2. A parità di punteggio per la qualità dei progetti, è stata determinante per l'aggiudicazione ad Elettrovic avere offerto il massimo previsto dal bando di gara sull'aumento rispetto alla compartecipazione sui proventi a favore del comune, il cui minimo era stabilito nel 25% dall'art. 8 della stessa lex specialis.

1.3. La quota in compartecipazione offerta dall'aggiudicataria era dunque pari al 45% dei proventi.

1.4. In base all'art. 8 del bando, l'attribuzione del punteggio sino al massimo di 80 era attribuita nella misura di "1 punto per ogni punto di aumento di aumento percentuale da calcolarsi sulla pervenutale a base d'asta".

1.5. Ad avviso della decisione di primo grado, l'offerta dell'aggiudicataria, pari al predetto limite del 45% fissato dalla stessa amministrazione non poteva ritenersi anomala.

2. Nel primo motivo dell'appello, la società Luminafero afferma che erroneamente la sentenza non avrebbe statuito sull'applicabilità del criterio dell'anomalia negli appalti di servizi e valutato non anomala l'offerta dell'aggiudicataria in violazione dell'art. 86, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006 che nel caso di aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce la soglia dell'anomalia nei quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal

bando di gara, con la precipua finalità di evitare che offerte eccessivamente basse, dato il superamento della soglia stessa non siano rilevate dall'amministrazione.

2.1. La censura va disattesa.

2.2. E' del tutto pacifico in giurisprudenza che l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato rappresenti oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (Cons. Stato, sez. V, 11/08/2010, n. 5620; sez. V, 05/12/2008, n. 6049).

2.3. Ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, la disciplina sull'anomalia delle offerte non si estende alle concessioni di servizi in quanto le disposizioni in esso contenute non si applicano alle concessioni di servizi, salvo quelle della Parte IV (sul contenzioso) e l'art. 143, co. 7 (durata della concessione superiore a trenta anni) in quanto compatibile (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 21/01/2010, n. 26).

2.4. Per quanto attiene agli appalti di servizi, la giurisprudenza afferma che l'applicazione di norme, non direttamente richiamate dall'art. 30, D.Lgs. n. 163/2006, non può che rientrare nella discrezionalità della stazione appaltante, la quale può decidere di autovincolarsi ed assoggettarsi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta: laddove la legge di gara non abbia fatto nessun richiamo alla procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta, gli art. 86-88 del codice dei contratti non possono trovare diretta applicazione (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 11/01/2010, n. 232)

2.4. Nel bando di gara riportato negli atti del primo grado non è prevista alcuna verifica di anomalia: il Comune pertanto non aveva alcun obbligo di procedervi nonostante il superamento da parte dell'offerta dell'aggiudicataria della soglia

dell'anomalia, fissato dall'art. 86, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006 nei quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

E ciò tanto più se si considera che, come esattamente rilevato dal TAR, nella lex specialis la stazione appaltante aveva già ex ante delimitato l'ambito delle offerte in aumento accettabili (sino al 45%).

2.5. Non sono poi suscettibili di positiva considerazione anche gli ulteriori rilievi dell'appellante di violazione dell'art. 23-bis co. 2, d.l. n. 112/2008: a dire dell'appellante, l'insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria con un rialzo al 45% nella compartecipazione al comune dei ricavi è difforme dai principi economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, sulla scorta dei quali deve essere operato il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a favore di imprenditori o di società.

2.6. Non rappresenta prova dell'assunto, quanto riportato all'allegato 6 al fascicolo di primo grado dell'appellante, richiamato nel corso della censura in esame: il risultato negativo della gestione annua (pari ad una perdita di € 1.225,74) non si basa su calcoli ed elementi certi ed obiettivi che possono pertanto essere ribaltati da una diversa conduzione imprenditoriale del concessionario: è perciò evidente l'inattendibilità delle cifre ivi contenute.

3. Anche gli ulteriori motivi sono infondati.

3.1. Correttamente la sentenza di primo grado ha ritenuto la documentazione dell'aggiudicataria conforme all'art. 9 lett. B della lettera di invito.

3.1.1. Riguardo alle opere di messa a norma degli impianti di illuminazione votiva dei cimiteri comunali, il bando di gara richiedeva la presentazione di planimetrie e relazioni tecniche senza alcuna altra specificazione. L'aggiudicataria Elettrovic ha prodotto la documentazione richiesta consistente in una relazione tecnica con il resoconto puntuale del sopralluogo sull'impianto esistente e nella precisa

descrizione degli interventi necessari a mettere a norma gli impianti oltre alle planimetrie relative all'impianto cimiteriale: dette planimetrie rappresentano la pianta dei cimiteri con le indicazioni essenziali ai fini degli interventi richiesti e cioè con l'indicazione del posizionamento dei quadri elettrici.

3.1.2 Va perciò respinto il secondo motivo nel quale si afferma che la sentenza non avrebbe valutato che la documentazione era insufficiente.

3.2. Va inoltre respinta la terza censura di illegittima costituzione della Commissione di gara, prima del termine per la presentazione delle offerte in violazione di quanto stabilito dall'art. 84 co. 10 D.Lgs. n. 163/2006.

3.2.1. La nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, è posta a presidio dell'imparzialità della procedura di gara, onde evitare possibili collusioni tra commissari e concorrenti ed è espressione dei più generali principi di imparzialità e di trasparenza, ritenuto applicabile anche in materia di affidamento delle concessioni (T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 23/09/2009, n. 651).

3.2.2. In considerazione del suo carattere, il Collegio ritiene che siffatta violazione possa costituire vizio dell'intera procedura di gara solo se la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni.

3.2.3. Nella specie durante l'intera procedura di gara non è emersa alcuna incompatibilità dei commissari nominati e l'aggiudicazione è intervenuta con la determinante applicazione di un criterio vincolato (punteggio per il criterio economico)

3.2.4. Il motivo va conclusivamente respinto.

3.3. E' anche infondato il terzo motivo di violazione del principio di proporzionalità, non correttamente applicato nella prima decisione.

3.3.1. Dopo l'ordinanza n. 1839/08 in data 17.12.2008 del T.A.R. della Lombardia che aveva accolto la domanda di sospensiva del bando proposta dalla società Elettrovic per eccessività del requisito inerente la capacità tecnica richiesta per opera analoghe effettuate in cinque comuni. il Comune di Pieve Porto Morone che aveva una popolazione di soli 1.500 abitanti ha ridotto tale requisito alla dimostrazione di avere compiuto lavori analoghi in un solo comune.

3.3.2. Non appare al Collegio che, limitando la partecipazione alla prova di analoghi lavori in un solo comune, il Comune di Pieve Porto Morone abbia fatto cattivo uso della propria discrezionalità amministrativa, sulla scorta della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e nella pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito.

4. L'appello deve essere conclusivamente respinto e va confermata l'impugnata decisione.

4.1. Le spese del giudizio devono essere compensate per l'intrinseca novità di talune delle questioni trattate e per le incertezze giurisprudenziali su altre questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo sull'appello in premesse, lo respinge, confermando la sentenza impugnata.

Compensa le spese fra le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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