

N. 04489/2011REG.PROV.COLL.

N. 08192/2010 REG.RIC.

N. 08207/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8192 del 2010, proposto dalla Lis Finanziaria S.p.A., in persona dell'amministratore p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, n. 7;

contro

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Poste Tributi Scpa, in persona dell'amministratore p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Andrea Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

sul ricorso numero di registro generale 8207 del 2010, proposto dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del

Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Poste Tributi Scpa, in persona dell'amministratore p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia ed Andrea Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

nei confronti di

Lis Finanziaria Spa, in persona dell'amministratore p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via della Vite, n. 7;

Entrambe per la riforma della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sezione terza, n. 32141/2010;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, di Poste Tributi Scpa e di Lis Finanziaria Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Roberto Garofoli e uditi per le parti l'avvocato Masini, per delega dell'avv.to D'Amelio, l'avv.to dello Stato Paola Palmieri e l'avv.to Clarizia Masini, per delega dell'avv.to D'Amelio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza n. 32141 del 2010, il T.A.R. Lazio ha respinto il ricorso proposto dalla società Poste Tributi s.c.p.a. avverso il provvedimento con cui essa è stata esclusa dalla gara indetta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura (d'ora in avanti Autorità) per l'affidamento del servizio di

riscossione e rendicontazione dei contributi versati a favore della suddetta Autorità.

Come ricostruito in fatto dal giudice di primo grado, Poste Tributi S.c.p.a. è stata esclusa dalla procedura di gara indicata in quanto, avendo presentato domanda di partecipazione come impresa singola producendo la dichiarazione di cui all'art. 38, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, solamente per i propri legali rappresentanti, ha in sede di offerta tecnica precisato che per l'espletamento del servizio oggetto della gara si sarebbe avvalsa dell'attività delle proprie consorziate Poste Italiane S.p.a. e Postecom S.p.a. senza tuttavia produrre, in relazione a queste ultime società, le dichiarazioni di cui al citato art. 38.

Giova sin d'ora considerare che alla gara ha partecipato, in uno alla Poste Tributi S.c.p.a., la Lis finanziaria S.p.a., risultata aggiudicataria con atto comunicato dall'Autorità il 7 dicembre 2009, impugnato in primo grado da Poste Tributi S.c.p.a. con ricorso per motivi aggiunti.

Ebbene, con la sentenza indicata il giudice di primo grado, oltre a respingere, come sopra indicato, il ricorso proposto da Poste Tributi sc.p.a. avverso il provvedimento di esclusione:

- ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale, con cui l'aggiudicataria Lis finanziaria S.p.a. ha prospettato ulteriori cause di esclusione dell'offerta presentata in gara da Poste Tributi S.c.p.a., affermando peraltro la fondatezza del primo motivo di doglianza con cui Lis finanziaria S.p.a. ha dedotto che Poste Tributi S.c.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa anche perché non aveva " *nè dichiarato nè comprovato in capo a se medesima, il possesso di tutti i requisiti di capacità tecnico- economica richiesti dal disciplinare (fatta eccezione per il solo fatturato specifico), essendosi limitata a riportare nella propria dichiarazione quelli appartenenti alla consorzziata Poste Italiane spa*";

• ha, infine, accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto da Poste Tributi S.c.p.a. avverso l'aggiudicazione in favore di Lis finanziaria S.p.a., rilevando che, in violazione dell'art. 86, co. 3, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile nel caso di specie nonostante la *lex specialis* non lo richiami), la stazione appaltante avrebbe ommesso di esperire il *sub*-procedimento di verifica di anomalia nei confronti dell'offerta dell'aggiudicataria, la quale, pur non risultata anomala alla luce di criteri stabiliti nel bando, sarebbe economicamente inattendibile attesa l'entità del ribasso offerto (95%).

Avverso i capi della sentenza con cui è dichiarata l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado da Poste Tributi S.c.p.a. avverso l'aggiudicazione disposta in favore di Lis finanziaria S.p.a., propongono due distinti appelli l'Autorità e la stessa Lis finanziaria S.p.a..

Con appello incidentale, Poste Tributi S.c.p.a. censura i capi della sentenza relativi alla sua esclusione dalla procedura di gara; con l'appello incidentale, la stessa Poste Tributi S.c.p.a. ripropone inoltre talune censure sulle quali il giudice di primo grado non si è pronunciato, in specie riguardanti lamentati vizi dell'offerta presentata in gara da Lis finanziaria S.p.a.

All'udienza del 5 luglio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli principali, previamente riuniti attesa l'identità della sentenza gravata, vanno accolti.

2. In disparte l'ammissibilità del ricorso per motivi aggiunti proposti in primo grado da Poste Tributi S.c.p.a. avverso l'aggiudicazione in favore di Lis finanziaria S.p.a., il Collegio non condivide invero il giudizio di fondatezza dello stesso formulato dal giudice di primo grado.

2.1. Giova considerare che, ai sensi dell'art. 86, co. 2, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, "*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'.

Ai sensi del successivo co. 3 dello stesso articolo, *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.*

Risulta evidente che, mentre il richiamato art. 86, comma 2, impone un obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 3 si limita a facultizzare 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.

In sostanza la citata disciplina 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 (in termini, *ex multis*, Cons. Stato Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4270).

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 (C. 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.

2.2. Ebbene, nel caso di specie, è pacifico che l'offerta presentata da Lis finanziaria S.p.a. non è risultata anomala ai sensi dell'art. 86, co. 2, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sicché la stazione appaltante non era certo obbligata ad attivare il *sub* procedimento di verifica della congruità.

Tanto premesso, il Collegio ritiene che l'aggiudicazione disposta in favore di Lis finanziaria S.p.a. non sia affetta dal vizio ritenuto dal giudice di primo grado, consistente nella mancata attivazione della verifica di anomalia.

In primo luogo, occorre ribadire che, allorché non ricorrano le circostanze indicate dall'art. 86, co. 2, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non può imputarsi alla stazione appaltante il mancato esercizio del potere di controllo *ex* art. 86, co. 3, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, trattandosi di un potere discrezionale dell'Amministrazione.

Ad avviso del Collegio, vanno accolti gli appelli principali proposti dall'Autorità e da Lis finanziaria S.p.a.

A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, il mancato esercizio del potere di verifica non presenta neppure quei profili di irragionevolezza, non avendo il Collegio ragione di dubitare della sufficienza delle pur sintetiche giustificazioni presentate da Lis finanziaria S.p.a. a corredo dell'offerta e riguardanti, tra l'altro, l'utilizzo di risorse umane già in uso per lo svolgimento dei servizi di riscossione, la disponibilità di mezzi d'opera necessari per l'espletamento del servizio messo a gara, la remuneratività delle commissioni di incasso ordinariamente applicate agli operatori economici per ciascuna transazione di pagamento.

2.3. Va, al riguardo, rimarcato che, come risulta dal verbale n. 9 del 23 novembre 2009, la Commissione si è data carico di tener conto delle giustificazioni presentate da Lis finanziaria S.p.a., in quel verbale espressamente richiamate.

Osserva al riguardo la Sezione che le risultano fondate le censure contenute a pp. 22 ss. dell'atto di appello, sulla infondatezza del motivo che ha indotto il TAR ad annullare l'aggiudicazione della gara.

Come suffragato dalla documentazione acquisita, risultano del tutto ragionevoli le valutazioni dell'Amministrazione di attribuire rilevanza:

- le 'notevoli economie di scala', descritte anche nelle giustificazioni preventive, riguardanti l'utilizzo dei mezzi e dei dipendenti 'non dedicati in via esclusiva', in quanto impegnati in altre attività, del tutto compatibili con quelle da svolgere in esecuzione dell'appalto;
- soprattutto, alle commissioni di incasso, applicate all'operatore economico in relazione a ciascuna transazione di pagamento, per l'importo di 1,55 euro.

Poiché la *lex specialis* richiedeva ai concorrenti di indicare anche il prezzo pagato dagli utenti, risulta ragionevole ed attendibile la deduzione della società appellante, secondo cui il servizio si poteva considerare adeguatamente remunerato col solo corrispettivo pagato dagli utenti (e con le modalità espressamente previste nella stessa *lex specialis*).

Vanno pertanto accolti gli appelli principali.

3. Passando all'appello incidentale proposto da Poste Tributi S.c.p.a., il Collegio, atteso quanto deciso nel definire gli appelli principali, ritiene di dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse dei motivi di gravame con cui Poste Tributi S.c.p.a. censura i capi della sentenza relativi alla sua esclusione dalla procedura di gara.

Va invece respinto l'appello incidentale laddove con lo stesso Poste Tributi S.c.p.a. ripropone le censure sulle quali il giudice di primo grado non si è pronunciato, in specie riguardanti lamentati vizi dell'offerta presentata in gara da Lis finanziaria S.p.a.

Con tali motivi Poste Tributi S.c.p.a. ripropone censure riguardanti, da un lato, l'assunta mancanza dei requisiti di ordine generale in capo ai soggetti terzi di cui Lis finanziaria S.p.a. si avvale per l'erogazione dei servizi, dall'altro, la mancata dimostrazione del titolo in forza del quale la stessa Lis finanziaria S.p.a. può disporre della infrastruttura tecnologica appartenente al Gruppo Lottomatica.

Tali censure risultavano già inammissibili in primo grado, perché dedotte non già con ricorso per motivi aggiunti notificato nel rispetto del termine decadenziale, ma solo con memoria difensiva depositata in giudizio l'8 aprile 2010.

4. Alla stregua delle esposte ragioni vanno pertanto riuniti e accolti gli appelli principali. Va, invece, in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile l'appello incidentale.

Per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

5. La soccombenza comporta la condanna di Poste Tributi Scpa al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sugli appelli principali, li riunisce e li accoglie, in parte respinge e in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale, sicché, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna Poste Tributi Scpa al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi 10.000 (diecimila) euro, di cui 7000 in favore di Lis Finanziaria S.p.A e 3000 in favore dell'Autorità, oltre agli accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/07/2011

IL SEGRETARIO

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