

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 Liguria
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 234 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Parts & Services e Auto Parts Italia s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Battaglia, Francesco Arceri e Andrea Carafa, con domicilio digitale come da rispettive PEC;

contro

Comune di Genova, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio digitale come da PEC e domicilio eletto presso gli uffici della civica Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti

Sogea di Ambra F&C s.n.c., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

di tutti gli atti relativi alla procedura di gara, bandita dal Comune di Genova – Direzione Stazione Unica Appaltante e Servizi Generali – Settore Beni e Servizi per la stipula dell'“Accordo quadro per il servizio di riparazione e ripristino della

carrozzeria dei veicoli costituenti il parco mezzi di proprietà e in uso al Comune di Genova, a Genova Parcheggi s.p.a. e ad ASEF s.r.l..

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Genova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 29.3.2018 la società Auto Parts Italia s.r.l. ed il Consorzio Parts & Services, rispettivamente mandataria e mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, hanno impugnato, ai fini della condanna della stazione appaltante alla riedizione della gara, gli atti (segnatamente, la determinazione dirigenziale n. 2018-152.4.0.-46 del 26 febbraio 2018) relativi alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016, bandita dal Comune di Genova – Direzione Stazione Unica Appaltante e Servizi Generali, per la stipula dell'“accordo quadro per il servizio di riparazione e ripristino della carrozzeria dei veicoli costituenti il parco mezzi di proprietà e in uso al Comune di Genova, di Genova Parcheggi s.p.a. e di ASEF s.r.l. per un importo totale pari ad € 83.771,04 presumibilmente per il periodo 30.3.2018 – 28.2.2020”.

Premesso che, contestualmente, la medesima stazione appaltante ha invitato il Consorzio Parts & Services a presentare offerta anche in relazione alla gara sottosoglia bandita per l'affidamento del servizio di riparazione meccanica dei propri autoveicoli, a sostegno del gravame hanno dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Illegittimo frazionamento della gara per l'affidamento servizio di autoriparazione dei veicoli appartenenti alle amministrazioni intimate: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del d. lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 60 e ss. del d. lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione della L. 5.2.1992, n. 122; eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà; sviamento di potere.

Deducono l'illegittimo, artificioso frazionamento della gara per l'affidamento dell'unico servizio di autoriparazione dei veicoli in due distinte procedure attinenti, rispettivamente, i servizi di carrozzeria e quelli di riparazione meccanica, in tesi disposto al solo scopo di escludere la procedura competitiva de qua dall'applicazione del nuovo codice degli appalti pubblici, in violazione del divieto di cui all'art. 35 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016.

Difatti, cumulando la base d'asta della gara riguardante la carrozzeria (€ 83.771,04) con gli importi afferenti alle ulteriori procedure per l'affidamento dei servizi di meccanica e gommista (€ 145.000,00) si arriverebbe ad un ammontare complessivo pari ad € 228.771,04, superiore alla soglia di rilevanza comunitaria contemplata dall'articolo 35, comma 1, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016 per gli appalti di servizi aggiudicati da autorità sub-centrali.

L'artificioso frazionamento delle procedure sarebbe desumibile anche alla luce di ulteriori indizi, quali l'identità della data di pubblicazione degli avvisi di gara (27.2.2018), l'identità del termine per la presentazione delle offerte (8.3.2018) e la quasi totale sovrapposibilità delle condizioni particolari del servizio.

2. Illegittima utilizzazione del criterio di aggiudicazione fondato sul minor prezzo ed erronea qualificazione del servizio oggetto di gara quale servizio "ad elevata ripetitività": violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, commi 2 e 4 del d.lg.s n. 50/2016 e ss.mm.ii; violazione e/o falsa applicazione della legge 5.2.1992, n. 122;

eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria e difetto di motivazione. In via istruttoria, istanza di C.T.U..

Lamentano l'illegittima utilizzazione del criterio di aggiudicazione – di natura eccezionale - fondato sul minor prezzo e l'erronea qualificazione del servizio oggetto di gara quale servizio “ad elevata ripetitività”, stante il contenuto delle prestazioni che si sostanziano in interventi diversificati, ognuno con caratteristiche sue proprie, in ragione dei singoli veicoli facenti parte del parco automezzi (cita a conforto le sentenze T.A.R. Lombardia-Brescia, I, 18.12.2017, n. 1449 e TAR Toscana, I, 8.3.2018, n. 356).

3. Illegittima utilizzazione del criterio di aggiudicazione fondato sul minor prezzo ed impossibilità di qualificare il servizio oggetto di gara quale servizio con “caratteristiche standardizzate”: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, commi 2 e 4 del d.lg.s n. 50/2016 e ss.mm.ii; violazione e/o falsa applicazione della legge 5.2.1992, n. 122; eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria e difetto di motivazione. In via subordinata, istanza di C.T.U..

Osservano che il servizio di autoriparazione in oggetto non può essere neppure ascritto nel novero dei servizi “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” di cui all'articolo 95, comma 4, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016.

4. Illegittima utilizzazione del criterio di aggiudicazione fondato sul minor prezzo e mancata qualificazione del servizio oggetto di gara quale servizio “di natura tecnica” e/o ad “alta intensità di manodopera”: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, commi 2, 3 e 4 e dell'articolo 50 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii; violazione e/o falsa applicazione della legge 5.2.1992, n. 122. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria e difetto di motivazione. In via subordinata, istanza di C.T.U..

Censurano la mancata qualificazione del servizio oggetto di gara quale servizio “di natura tecnica” (cita a conforto Con. di St., III, 2.5.2017, n. 2014) e/o ad “alta intensità di manodopera”, aggiudicabile esclusivamente – ex art. 95 comma 3 d. lgs. n. 50/2016 - sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

5. Mancata motivazione dell'utilizzo del criterio di aggiudicazione basato sul minor prezzo: violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, commi 4 e 5 del d. lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto e/o insufficienza di motivazione.

Lamentano come la stazione appaltante abbia comunque omesso di osservare la prescrizione dettata dal comma 5 dello stesso art. 95, alla stregua del quale: “le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta”.

Alla domanda di annullamento accede domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di condanna alla riedizione della gara, e, in via subordinata, al risarcimento per equivalente monetario.

Si è costituito in giudizio il comune di Genova, controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 19.4.2018 n. 93 la sezione ha fissato – ex art. 55 comma 10 c.p.a. - l'udienza pubblica per la discussione del ricorso nel merito.

Con atto di motivi aggiunti notificato in data 29.5.2018 le ricorrenti hanno esteso l'impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 2018-152.4.0.-87 del 27.4.2018, comunicata il 30.4.2018, con cui il Comune di Genova – Direzione Stazione Unica Appaltante – Settore Beni e Servizi ha disposto l'aggiudicazione dell'accordo quadro in questione a favore della controinteressata Sogea di Ambra F&C s.n.c..

Ripropono, in via di illegittimità derivata, gli stessi motivi già esposti nel ricorso introduttivo.

In relazione all'impugnazione aggiuntiva del provvedimento di aggiudicazione, il comune di Genova ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, sul rilievo che le ricorrenti hanno formulato un ribasso dell'1%, a fronte dell'espresso divieto di effettuare ribassi in percentuale minore od uguale al 10% relativamente al costo dei ricambi.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

L'eccezione preliminare di inammissibilità sollevata dal comune è infondata, dal momento che non si rinviene negli atti di gara – né il comune l'ha indicata – la clausola che vieterebbe, a pena di esclusione, di effettuare ribassi in percentuale minore od uguale al 10% relativamente al costo dei ricambi.

Ciò posto, può procedersi all'esame dei motivi di ricorso.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

Le due procedure hanno infatti, oltre che una diversa durata (due anni / un anno), un oggetto differente, riguardando l'una il servizio di riparazione della carrozzeria delle vetture, l'altra la riparazione meccanica ordinaria e straordinaria, comprensiva dell'attività di gommista (riparazione e/o sostituzione degli pneumatici, campanatura e convergenza).

Si tratta, anche alla luce delle definizioni contenute nell'art. 1 comma 3 della legge 5.2.1992, n. 122, di attività ontologicamente diverse, sicché è da escludersi la denunciata artificiosità del frazionamento.

Quanto ai restanti motivi di ricorso, si osserva come i contrastanti orientamenti hinc et inde richiamati siano riconducibili alla ontologica diversità delle gare impugnate (e, simmetricamente, delle relative controversie), variamente riferite ai soli servizi di manutenzione, oppure anche ai servizi di autoriparazione per avaria o sinistro, o soltanto ad alcuni di essi (meccanica, elettrauto, gommista), ed alle diverse giustificazioni volta a volta addotte dalle stazioni appaltanti a

giustificazione della scelta concretamente operata per il criterio del minor prezzo, tra quelle tassativamente previste dall'art. 95 comma 4 lettere b) e c) del d.lgs. n. 50/2016 (servizi con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato e servizi caratterizzati da elevata ripetitività).

Occorre dunque prendere le mosse dalla motivazione concretamente adottata dall'amministrazione nella gara in questione a sostegno della scelta operata in favore del criterio del minor prezzo, e verificare se tale motivazione possa dirsi – ex art. 95 comma 5 D. Lgs. n. 50/2016 – adeguata.

Il provvedimento impugnato è così motivato: “l'assegnazione verrà effettuata ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 ovvero utilizzando il criterio del minor prezzo, in quanto trattasi di servizio di importo inferiore alla soglia comunitaria e caratterizzato da alta ripetitività ed in relazione al quale è stato verificato che non si tratta di servizio ad alta intensità di manodopera ai sensi dell'art. 50, comma 2, del D.Lgs 50/2016” (cfr. la determinazione dirigenziale 2018-152.4.0.-46 del 26.2.2018 – doc. 1 delle produzioni 13.4.2018 di parte comunale).

Ciò posto, il collegio osserva come il rapporto introdotto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), sia di specie a genere.

Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 viene in considerazione, cioè, un obbligo “speciale” di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio espressa in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione (cfr. T.A.R. Lombardia-Brescia, I, 18.12.2017, n. 1449).

Orbene, può convenirsi con l'amministrazione nel senso che i servizi di riparazione e ripristino della carrozzeria dei veicoli non rientrano tra quelli aggiudicabili esclusivamente – ex art. 95 comma 3 d.lgs. n. 50/2016 - sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Difatti, per un verso (lettera a), l'amministrazione ha dato conto, nella relazione tecnico-illustrativa del servizio allegata alla determinazione di indizione della procedura (doc. n. 1 delle produzioni 13.4.2018 di parte comunale), che “è stato verificato che non si tratta di servizio ad alta intensità di manodopera ai sensi dell'art. 50, comma 2, del D.Lgs. 50/2016. Da un esame effettuato sui preventivi autorizzati nel corso del 2016 è risultato che l'incidenza della manodopera ammontava al 37,00% della spesa complessiva”.

Si tratta di una circostanza che non è specificamente contestata dalle parti ricorrenti, sicché può ritenersi provata.

Per altro verso, la disciplina recata dall'art. 95 comma 3 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 in relazione agli “altri servizi di natura tecnica e intellettuale” pare richiedere, attraverso la congiunzione “e”, che i servizi in questione abbiano - cumulativamente - sia natura tecnica, sia natura intellettuale (cfr. T.A.R. Veneto, I, 21.6.2018, n. 673), com'è fatto palese anche dalla loro equiparazione, quoad effectum, ai servizi di ingegneria e di architettura, che costituiscono – pacificamente – professioni intellettuali (artt. 2230 e ss. cod. civ.).

Dal che discende l'infondatezza del quarto motivo di ricorso.

Chiarito che non si tratta di un servizio aggiudicabile esclusivamente – ex art. 95 comma 3 d.lgs. n. 50/2016 - sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre verificare se la motivazione concretamente addotta dall'amministrazione – circa il carattere di “elevata ripetitività” del servizio – resista alle censure mosse con il secondo motivo di ricorso.

Il collegio ritiene che tale verifica sia negativa, e che il motivo sia dunque fondato.

Se si può convenire nel riconoscere senz'altro la caratteristica della "elevata ripetitività" alla mera attività di "manutenzione e revisione periodica" degli automezzi, consistente nelle registrazioni, nelle sostituzioni e nei controlli periodici da effettuare secondo quanto indicato, anche con riferimento alla frequenza, dalle singole case costruttrici (così detto "tagliando") - attività che in parte non rientrerebbe neppure, ex art. 1 comma 3 della legge 5.2.1992, n. 122, in quella di autoriparazione - altrettanto non può dirsi per l'attività di riparazione e ripristino della carrozzeria, posto che ogni intervento sulla carrozzeria è obiettivamente ed indiscutibilmente diverso e a sé stante rispetto agli altri.

Certo si potrebbe discutere in astratto se il servizio di riparazione e ripristino della carrozzeria rivesta "caratteristiche standardizzate", o se le sue condizioni siano definite dal mercato, ciò che - di per sé - facultizzerebbe l'amministrazione ad utilizzare il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016.

Senonché - come rilevato più sopra - l'amministrazione non ha fatto alcun riferimento, in motivazione (art. 95 comma 5 d.lgs. n. 50/2016), alle caratteristiche standardizzate o predefinite dal mercato del servizio, bensì soltanto alla sua "elevata ripetitività", sicché nel caso di specie la relativa questione riveste un carattere meramente teorico ed astratto, con la conseguenza che il terzo motivo di ricorso dev'essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse concreto ed attuale ad agire.

In conclusione, il comune non ha adeguatamente motivato l'asserito carattere di "elevata ripetitività", ex art. 95 comma 4 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di riparazione e ripristino della carrozzeria dei veicoli posto a gara, sicché il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo appare nel caso di specie illegittimo, come dedotto con il secondo ed il quinto motivo di ricorso.

Donde, in accoglimento del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti, l'annullamento della procedura negoziata e del provvedimento di aggiudicazione.

Poiché il vizio rilevato comporta per l'amministrazione, conformemente all'interesse che – dichiaratamente - ha animato i ricorrenti, l'obbligo di rinnovare la gara, e poiché il contratto stipulato con la controinteressata Sogea di Ambra F&C s.n.c. (doc. 19 delle produzioni 8.8.2018 di parte comunale) è risolutivamente condizionato all'accoglimento del ricorso in epigrafe, non vi è luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Lo accoglie e, per l'effetto, annulla le determinazioni dirigenziali n. 2018-152.4.0.-46 del 26 febbraio 2018 e n. 2018-152.4.0.-87 del 27 aprile 2018.

Condanna il comune di Genova al pagamento in favore dei ricorrenti delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO