

a) del provvedimento di A.T.S. (Autostrada Torino-Savona) S.p.A. prot. 00967-12MAR08 di esclusione delle ricorrenti dalla gara per l'appalto del "Servizio manutenzione e gestione del sistema di trasmissione dati", Importo del servizio a base d'asta: € 950.766,18 (comprensivo degli oneri relativi alla sicurezza ammontanti a € 27.621,81.), WBE: L0001LP002L07L4512ATS, CIG: 00918748D0;

b) del relativo bando disciplinare di gara nella parte in cui prevederebbero l'esclusione delle offerte prive delle c.d. "giustificazioni preventive" per tutte le singole componenti dell'offerta, nonché nella parte in cui prevederebbero l'apertura di alcune delle buste relative all'offerta economica (c.d. busta c) in una seduta non pubblica;

c) dell'aggiudicazione provvisoria a Sirti S.p.A.;

d) di ogni atto ad essi provvedimenti comunque connesso, presupposto o successivo, ancorché incognito, con particolare riferimento all'aggiudicazione definitiva medio tempore eventualmente intervenuta e mai comunicata alle attuali ricorrenti;

2) quanto ai motivi aggiunti:

a) del provvedimento di A.T.S. (Autostrada Torino-Savona) S.p.A. prot. 00967-12MAR08 di esclusione delle ricorrenti dalla gara per l'appalto del "Servizio manutenzione e gestione del sistema di trasmissione dati", Importo del servizio a base d'asta: € 950.766,18 (comprensivo degli oneri relativi alla sicurezza ammontanti a € 27.621,81.), WBE: L0001LP002L07L4512ATS, CIG: 00918748D0;

b) del bando (punto 3) e disciplinare di gara (punto 4) dell'appalto in oggetto nella parte in cui prevederebbero l'esclusione delle offerte prive delle c.d. "giustificazioni preventive" per tutte le singole componenti dell'offerta, nonché nella parte in cui prevederebbero l'apertura di alcune delle buste relative all'offerta economica (c.d. busta c) in una seduta non pubblica;

- dei verbali di gara del 6.2.2008, 22.2.2008, 10.3.2008, 21.3.2008;

- della nota del R.U.P., dell'ATS Spa del 7.3.2008;

- dell'aggiudicazione definitiva a Sirti Spa, nonché di ogni atti ad essi provvedimenti comunque connesso, presupposto o successivo, ancorché incognito.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e memoria di A.T.S. (Società Autostrada Torino-Savona) s.p.a., con la relativa documentazione;

Visti i decreti cautelari presidenziali nn. 365/08 del 30 aprile 2008 e n. 367/08 del 6 maggio 2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sirti S.p.A., con la relativa documentazione;

Viste l'ordinanza collegiale istruttoria di questa Sezione n. 388/08 del 9 maggio 2008 e l'ulteriore documentazione depositata;

Visti i motivi aggiunti notificati dalla società ricorrente;

Visto il ricorso incidentale notificato da Sirti s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione, ex art. 23 bis l.n. 1034/71, n. 501 del 13 giugno 2008;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 17 luglio 2008 il Primo Referendario Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'A.T.S. (Autostrada Torino-Savona) spa (d'ora in avanti ATS spa), con bando di gara del 6 novembre 2007, indiceva una procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 d.lgs. n. 163/2006, con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, comma 2, d.lgs. cit., per l'aggiudicazione del servizio di manutenzione e di gestione del sistema di trasmissione dei dati sul percorso autostradale di cui in concessione.

Alla gara partecipavano in RTI – unitamente ad altre due concorrenti – anche la Infracom spa e la Alpitel spa, rispettivamente precedente aggiudicataria del servizio e principale subappaltatrice.

La prima seduta di gara, prevista per il 23 gennaio 2008, era differita al 6 febbraio 2008 e, in tale data, la Commissione giudicatrice, previa apertura del plico e verifica della presenza delle tre differenti buste richieste, procedeva all'apertura della busta "A" delle concorrenti e ne valutava la

completezza del contenuto per tutte, senza null'altro eccepire, rinviando alla seduta del 22 febbraio 2008 l'ulteriore prosecuzione della gara.

In tale data la Commissione giudicatrice procedeva all'apertura della sola busta "B" contenente i ribassi offerti dalle partecipanti, che – si evidenzia – oltre al su richiamato RTI erano la Sirti spa e il RTI tra Telecom Italia spa e Consu.tel srl.

L'offerta più vantaggiosa risultava quella del RTI Infracom/Alpitel, con un ribasso del 44,11%.

La Commissione giudicatrice, a questo punto, richiamando gli art. 86 e segg. d.lgs. n. 163/06, sospendeva la procedura ai fini della relativa verifica e restituiva, a tale fine, la documentazione di gara alla stazione appaltante. Questa, in seguito alle risultanze del sorteggio effettuato il 22 febbraio 2008 ex art. 48, comma 1, d.lgs. 163/06, con nota del 25 febbraio 2008, provvedeva a richiedere alla Infracom spa, entro il 6 marzo 2008, la comprova dei requisiti dichiarati (mediante presentazione di certificati rilasciati dai committenti a dimostrazione di quanto dichiarato al punto 3.1.2 del disciplinare di gara). Tale richiesta era positivamente riscontrata ma la stazione appaltante continuava nella verifica ex art. 86 d.lgs. 163/08 senza contraddittorio e, con nota del 7 marzo 2008, il Responsabile Unico del Procedimento comunicava al Presidente della Commissione di gara che, nel verificare il contenuto della busta "C" (contenente la documentazione giustificativa dell'offerta), in relazione ai punti 3.3.1 e 3.3.2 del Disciplinare di gara non risultavano prodotte tutte le schede di analisi relative agli interventi in economia e alla fornitura di materiale, per un totale di 78.

Nella seduta di gara del 10 marzo 2008, preso atto di tale lacuna, la Commissione di gara provvedeva all'esclusione del RTI Infracom/Alpitel per tale ragione e, nella successiva seduta del 21 marzo 2008, aggiudicava la gara alla Sirti spa.

Con ricorso a questo Tribunale le due componenti del RTI escluso chiedevano, previa adozione di provvedimento cautelare, anche presidenziale, l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe, lamentando quanto segue.

"1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 55 della Direttiva CE 2004/18; Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57 della Direttiva CE 2004/17; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3.3 e 4 del Disciplinare di gara; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1,3,7, 8, 10, 10 bis l.n. 241/90 e s.m.i.; Violazione dei principi generali di cui agli art. 97 e 98 della Costituzione; Violazione del principio del favor participationis; Eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità ed

irrazionalità, difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, insufficiente motivazione, contraddittorietà; Illegittimità derivata.”.

Le società ricorrenti, riportando le disposizioni della legge di gara ritenute rilevanti per la fattispecie – di cui ai punti 3.3.1 e 3.3.2 del Disciplinare – evidenziavano che in esse non vi era alcuna prescrizione di presentazione, a pena di esclusione, di giustificazioni relative a tutte le voci di prezzo da indicare – come invece ritenuto dalla stazione appaltante – bensì unicamente il richiamo alla presentazione di una generica analisi relativa alle voci di prezzo che concorrevano a formare l'importo complessivo a base d'asta nonché di giustificativi e relativa documentazione di cui alle voci del punto 3.3.1.

Comunque, il richiamo all'individuazione delle offerte anormalmente basse, ai sensi dell'art. 86 d.lgs. n. 163/06, imponeva una prima fase di verifica in contraddittorio con la partecipante, in ordine alle giustificazioni presentate, e solo successivamente, all'esito, l'eventuale esclusione in presenza di elementi giustificativi, anche ulteriori, ritenuti non accettabili, tenuto conto della dimostrazione “per tabulas” dei requisiti generali di partecipazione della concorrente e del principio generale del “favor participationis” alle pubbliche gare, laddove, soprattutto - come nel caso di specie - non si è in presenza di una chiara disposizione della legge di gara in argomento, secondo la prevalente conclusione giurisprudenziale che si richiamava.

Una diversa e più restrittiva interpretazione, con l'esclusione automatica senza contraddittorio, si poneva in contrasto con la disciplina comunitaria di cui alle direttive 2004/17 e 2004/18, come recepita dagli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163/06, che impone una verifica in contraddittorio con la partecipante prima di procedere all'esclusione.

Tale conclusione è avallata anche di principi generali di cui alla l.n. 241/90, in ordine alla necessità di trasparenza dell'azione pubblica e di partecipazione al procedimento dell'interessato, come ribadito in diverse pronunce giurisprudenziali richiamate.

“2) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 77 e 79 del D.Lgs. 163/2006; Violazione e/o falsa applicazione dei principi di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione; Eccesso di potere per sviamento, Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 9 e 10 della L. 241/90”.

Le società ricorrenti lamentavano che la stazione appaltante aveva modificato la data della prima seduta pubblica senza mai informare di tale circostanza le partecipanti e che anche le successive date delle pubbliche sedute non erano state comunicate, nuovamente in violazione del principio della partecipazione al procedimento di cui alla l.n. 241/90.

Si costituiva in giudizio la ATS spa, evidenziando genericamente l'inammissibilità e infondatezza del ricorso, evidenziando anche che il 2 aprile 2008 era stato già stato stipulato il contratto con l'aggiudicataria.

Con il primo decreto presidenziale cautelare indicato in epigrafe era disposta l'integrazione del contraddittorio anche a carico dell'aggiudicataria e, con il secondo, era disposta la sospensione cautelare fino all'esito della camera di consiglio, fissata per l'8 maggio 2008.

Costituitasi anche la Sirti spa con memoria di pura forma, rilevando ugualmente l'inammissibilità e infondatezza del ricorso, per tale camera di consiglio sia la controinteressata sia la ATS spa depositavano ulteriori memorie ad illustrazioni delle proprie tesi difensive.

Con l'ordinanza collegiale istruttoria indicata in epigrafe, questa Sezione disponeva il deposito in giudizio del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara e la ATS spa provvedeva in data 16 maggio 2008, allegando copia della nota di comunicazione alla Sirti spa dell'aggiudicazione, con contestuale invito a produrre i documenti necessari a perfezionare la stipulazione del contratto (costituente esso aggiudicazione definitiva) e copia dell'avviso dell'aggiudicazione pubblicato sulla G.U.C.E. del 31 marzo 2008, che confermava tale aggiudicazione definitiva.

Con motivi aggiunti ritualmente notificati, le società ricorrenti chiedevano anche l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti ivi indicati in epigrafe, lamentando quanto segue.

“1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 55 della Direttiva CE 2004/18; Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57 della Direttiva CE 2004/17; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48 e 86 e segg. del D.L.gs. 163/2006 e s.m.i.; Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1,3,7, 8, 10, 10 bis l.n. 241/90 e s.m.i.; Violazione dei principi generali di cui agli art. 97 e 98 della Costituzione; Violazione del principio del favor participationis, del principio di segretezza delle offerte e della par condicio delle concorrenti; Violazioni e/o false applicazioni del bando e del disciplinare di gara; Eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità ed irrazionalità, difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, insufficiente motivazione, contraddittorietà; Illegittimità derivata.”

Le società ricorrenti rilevavano che la stazione appaltante aveva operato una illegittima commistione delle non perspicue norme di gara (punto 3 del bando e 4 del disciplinare) nonché della normativa sugli appalti pubblici che regola i controlli documentali e la fase di verifica delle anomalie (artt. 48 e 86 d.lgs. n. 163/06).

Per quanto atteneva al bando, le società ricorrenti ribadivano che non era

richiesta, a pena di esclusione, la necessaria presentazione delle c.d. "giustificazioni preliminari" su tutte le voci di prezzo e che, comunque, nessuna scheda esemplificativa di riferimento era allegata al bando o al disciplinare, avendo usufruito le stesse ricorrenti, nella loro offerta, di un semplice documento digitale che la stazione appaltante usa per tutti gli appalti che affida, non essendo riscontrabile infatti sulle stesse alcun riferimento all'appalto specifico in questione.

In più, richiamando le difese della ATS spa, se fosse corretto il riferimento operato dalla stazione appaltante, che indicava come tale documento fosse da considerare come scheda da usufruire, si sarebbe dovuta riscontrare la presenza in allegato alla legge di gara di 298 schede - tale essendo il numero delle voci da giustificare - e non di una sola.

In assenza di "schede" (usando tale espressione al plurale la legge di gara) allegate, non si sarebbe potuto disporre l'esclusione, come invece avvenuto.

In secondo luogo, le società ricorrenti rilevavano che l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163/06 prevede una verifica documentale, a sorteggio su almeno 10 partecipanti, in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate e che l'art. 48, comma 2, d.lgs. cit. prevede una seconda verifica, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano stati ricompresi fra i concorrenti precedentemente sorteggiati.

Nel caso di specie, invece, la verifica documentale è stata effettuata durante la verifica di anomalia e solo nei confronti della prima graduata, in seduta riservata e dopo l'apertura dell'offerta economica, contraddicendo il principio generale giurisprudenziale secondo cui, nelle procedure ad aggiudicazione automatica, la pubblicità delle sedute deve sempre operare, soprattutto nell'ipotesi di verifica di completezza documentale.

Verificando, invece, la completezza dei giustificativi solo in seduta riservata, la stazione appaltante non aveva assicurato la possibilità di verifica che nessun documento, almeno in astratto, potesse essere stato sottratto.

Il controllo documentale doveva essere svolto, quindi, in seduta pubblica e prima della verifica dell'anomalia, ai sensi degli artt. 86 e segg. d.lgs. n. 163/08, che impongono la necessità del contraddittorio con l'impresa concorrente coinvolta in tale fase di verifica.

Le società ricorrenti, infine, evidenziavano che la tipologia dell'offerta

non richiedeva la necessità di una preventiva giustificazione “voce per voce” della stessa, dato che molte lavorazioni potevano usufruire dei medesimi materiali, con prezzi analoghi che non necessitavano di ripetizione.

“2) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 77 e 79 del D.Lgs. 163/2006; Violazione e/o falsa applicazione dei principi di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione; Violazione del principio di pubblicità delle sedute; Eccesso di potere per sviamento, Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 9 e 10 della L. 241/90”.

Le società ricorrenti ribadivano che la stazione appaltante non aveva mai verbalizzato i rinvii delle sedute pubbliche né aveva avvisato le concorrenti, con fax o altro mezzo idoneo, così che né Infracom spa né Alpitel spa avevano potuto partecipare alle ultime due sedute pubbliche, ove si era disposta la loro esclusione.

Le camere di consiglio del 9 e del 22 maggio 2008 erano rinviate su istanza di parte al 12 giugno 2008, anche in virtù della notifica, da parte di Sirti spa, di un ricorso incidentale avverso gli atti di gara nella parte in cui non escludevano le società ricorrenti anche ai sensi dell'applicazione dell'art. 13 d.l. n. 223/06, conv. in l.n. 248/06.

Senza rubricare lo specifico motivo, la Sirti spa comunque chiariva a sufficienza la ritenuta violazione di tale norma di legge.

Infatti, la medesima ricordava che la Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova s.p.a. (Autostrada “Serenissima”) è partecipata al 60% da enti pubblici locali (quali Province, Comuni e Camere di Commercio di Brescia, Verona, Vicenza, Padova e Venezia) e risulta primo azionista di Infracom spa, con il 49%. Tale ultima società, a sua volta, detiene il 67% del capitale di Infracom spa, la quale è anche partecipata per l'11% circa da La Serenissima Investimenti s.r.l., posseduta al 100% da Autostrada “Serenissima”.

La Sirti spa, quindi, evidenziava che emergeva un quadro di riferimento in cui Autostrada “Serenissima”, cui erano riconducibili gli enti locali partecipanti sopra ricordati, disponeva – ancorché indirettamente tramite Infracom spa e La Serenissima investimenti srl – del controllo di Infracom spa.

L'art. 13 cit., dal canto suo, ricordava che società strutturate alla stregua di Autostrada “Serenissima” – quale società a prevalente capitale pubblico detenuto da enti territoriali controllanti per statuto, operante in regime di monopolio al servizio della mobilità nelle zone interessate e funzionale al perseguimento della politica di promozione e sviluppo del trasporto civile e commerciale – non potevano sfruttare il vantaggio competitivo indotto

dall'accesso privilegiato al mercato.

Ciò anche nei confronti di soggetti in cui, per effetto di una "catena" societaria, la partecipazione fosse indiretta, come nel caso di Infracom spa, secondo quanto concluso dall'Autorità di settore in avvisi del 2007 e del 2008, per la quale anche le società indirettamente partecipate da enti locali non possono concorrere, ai sensi dell'art. 13 cit., agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

In più, l'oggetto del servizio in gara non era riconducibile ad un servizio pubblico locale, trattandosi nella specie di un appalto di servizi, e non poteva invocarsi l'eccezione normativa riferita ai servizi pubblici locali.

In ogni caso risultava che Infracom spa svolgeva molteplici attività a favore di soggetti pubblici locali, diversi e ulteriori rispetto a Autostrada "Serenissima", e al suo capitale sociale partecipavano, nella misura del 9% circa, le Camere di Commercio di Brescia, Vicenza, Padova, Venezia, Bergamo, Verona, Milano e Cremona, l'APS Holding s.p.a., l'Autostrade Centro Padane spa, l'Autostrade di Padova e Venezia spa.

Ne conseguiva che Infracom spa si configurava quale espressione - diretta o indiretta - di numerose amministrazioni locali, per quasi il 90 % del capitale sociale, con conseguenziale situazione di innegabile vantaggio nel confronto competitivo sul mercato e necessità di esclusione, anche per tale motivo, dalla procedura concorsuale.

In prossimità della camera di consiglio del 12 giugno tutte le parti costituite depositavano una memoria ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

Con l'ordinanza cautelare, ex art. 23 bis l.n. 1034/71, questa Sezione fissava l'udienza di trattazione del merito, riscontrando elementi di manifesta fondatezza del ricorso e l'assenza di "fumus" nel ricorso incidentale.

In prossimità dell'udienza pubblica erano depositati dalle parti ulteriori scritti difensivi.

In particolare, le società ricorrenti concludevano la propria esposizione introducendo il tema della sorte del contratto "medio tempore" stipulato e chiedendo, nelle conclusioni, "...nella perdurante incertezza giurisprudenziale, una pronuncia che venga a deliberare anche sulla sorte del contratto... stipulato tra la stazione appaltante e Sirti s.p.a." (memoria per l'udienza del 17 luglio 2008, pag. 14).

All'udienza pubblica del 17 luglio 2008 la causa era trattenuta in decisione.

In data 18 luglio 2008 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale, perché orientato ad evidenziare una ulteriore causa di esclusione del RTI composto dalle società ricorrenti che – se condivisa – porterebbe ad un effetto c.d. “paralizzante” che precluderebbe definitivamente per le imprese ricorrenti di vedere valutata la propria offerta in comparazione con quelle delle altre concorrenti (Cons. Stato, Sez.V, 29.8.05, n. 4407), con conseguente dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

Approfondito in sede di merito il relativo contenuto, il Collegio ritiene di confermare quanto già anticipato in sede cautelare in ordine alla infondatezza dello stesso.

La tesi della Sirti s.p.a., infatti, pur suggestiva, non appare collimante con le conclusioni della giurisprudenza maggioritaria cui il Collegio ritiene di aderire (TAR Lazio, Sez. III, 14.5.08, n. 4064, 14.4.08, n. 3109 e 21.3.08, n. 2514, nonché Sez. II, 5.6.07, n. 5192 nonché; per lo specifico profilo che rileva, anche Cons. Stato, Sez. IV, 5.3.08, n. 946).

L'art. 13, comma 1, d.l.n. 223 cit. richiamato dalla società ricorrente – si ricorda recentemente passato anche al vaglio (positivo) della Corte Costituzionale con sentenza n. 326 del 1 agosto 2008 in ordine, però, a profili legati alla presenza o meno di competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza - prevede quanto segue: “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti... ”.

In primo luogo il Collegio osserva che la norma stessa precisa che essa è disposta “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori... ”, con ciò chiarendo che esclusivamente in tale prospettiva la medesima deve essere interpretata.

Inoltre, essa si riferisce inderogabilmente - e ciò perchè una norma di tal guisa, tendente a restringere l'ambito di intervento economico di un operatore commerciale, non può che essere di stretta interpretazione nel rispetto dei principi costituzionali, di cui all'art. 41 Cost., e comunitari, di cui al Trattato CE - alle società "... costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi 'strumentali' all'attività di tali enti in funzione della loro attività".

Ne consegue, ad opinione del Collegio, che appare condivisibile la conclusione della giurisprudenza sopra richiamata, puntualmente evidenziata nelle difese delle società ricorrenti, secondo cui una società interamente costituita per operare in regime imprenditoriale in mercati completamente liberalizzati e in concorrenza con molteplici imprese, in cui gli enti locali di riferimento costituiscono solo azionisti di maggioranza al pari degli azionisti di altre società per azioni, non possono rientrare nel divieto - si ripete, di stretta interpretazione - di cui all'art. 13 cit. (TAR Lazio, Sez. III, n. 4064/08 cit.).

Proprio perchè il fine della norma in esame - come chiaramente indicato dalla stessa - è e rimane quello tendente ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società coinvolte nel divieto in questione sono esclusivamente quelle costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l'ente di riferimento, e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. In sostanza, non può che trattarsi di società costituite (o partecipate) per attività rivolte essenzialmente e in misura quasi totalitaria alla pubblica amministrazione e non al pubblico indifferenziato di soggetti esterni (TAR Lazio, Sez. III, n.3109/08 cit.).

Solo una tale interpretazione, tra l'altro, può apparire coerente con le normative comunitarie di settore - e sotto tale profilo ed in base a questa impostazione l'Italia ha evitato, allo stato, di essere sottoposta al vaglio degli organi di giustizia comunitaria sul punto - perchè non impedisce la libera concorrenza di operatori commerciali ma evita soltanto che la pubblica amministrazione, anche in partecipazione con privati in società miste, sfrutti la propria posizione distorcendo il fine pubblicistico della cura dello specifico interesse (regionale o locale) cui è preposta, per orientarsi verso sbocchi di mercato estranei ai propri fini, soffocando così anche la concorrenza di settore in mercati completamente liberalizzati.

Come precisato nel corso della motivazione della su richiamata sentenza n. 326 del 2008 dalla Corte Costituzionale - che sul punto può soccorrere - non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il

legislatore ha reputato distorsiva della concorrenza.

La norma in questione, in definitiva, non può applicarsi a qualunque società (costituita o) partecipata da ente pubblico, direttamente o indirettamente, ma riguarda solo società a partecipazione pubblica locale che rappresentano un modello organizzativo di gestione diretta dei servizi pubblici di pertinenza degli "enti soci", che costituiscono gran parte del fatturato di queste ultime (TAR Lazio, Sez. II, n. 5192/07 e Sez. III, n. 2514/08 cit.). Devono essere società che svolgono, quindi, "attività di supporto" all'amministrazione territoriale, le quali non possono sfruttare posizioni di privilegio innegabilmente riconoscibili alle società "pubbliche" (anche se "miste") a discapito di operatori privati allorché operino quale "ente strumentale" dell'ente (o degli enti) medesimo, fruendo di vantaggi inerenti alla stretta contiguità con tali soggetti pubblici di riferimento (in tal senso, su questo profilo generale, Cons. Stato, Sez. IV, n. 946/08 cit. nonché, recentemente, TAR Lazio, Sez. III, ord. 26.9.08, n. 4620).

Dalla documentazione depositata in atti risulta invece che la Infracom spa non riveste le caratteristiche testè illustrate.

Non appare sostenibile, in proposito, né la società ricorrente incidentale offre elementi oggettivi per pervenire ad una conclusione diversa, che la "Autostrada Serenissima" possa essere considerata strumentale e di supporto alle Province, Comuni e Camere di Commercio di Milano, Bergamo, Brescia, Verona, Vicenza, Padova e Venezia né il relativo estratto camerale depositato in giudizio evidenzia un eventuale diretta riconducibilità, operando in regime di libero mercato nei confronti della generalità degli utenti.

E' circostanziato, inoltre, che la Infracom spa opera in mercati completamente liberalizzati, non ha mai ricevuto affidamenti diretti da parte degli enti territoriali che partecipano in "Autostrade Serenissima" né tali enti esercitano controllo rilevante, sia pure indiretto, sugli organi di amministrazione di Infracom spa, che quest'ultima svolge preponderante attività per clienti privati sulla quasi totalità dell'intero territorio nazionale.

Per queste ragioni, quindi, la Infracom spa non può essere ricompresa nella tipologia di società cui si riferisce il divieto di cui all'art. 13 cit.

Ala luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso incidentale deve essere rigettato.

Passando all'esame del ricorso principale, il Collegio nuovamente conferma l'orientamento espresso in sede cautelare, rilevando la fondatezza dello stesso nonché dei motivi aggiunti che in parte ne riprendono, ampliandole, le relative censure.

La società ricorrente risulta essere stata esclusa, come da verbale di gara del 10 marzo 2008, per non avere allegato le schede di analisi relative agli interventi in economia e alla fornitura di materiali, evidentemente in numero totale di 298, mancandone 78.

In merito il Collegio rileva sia la fondatezza del primo motivo di ricorso, sotto il duplice profilo in esso contenuto, sia la fondatezza del primo motivo aggiunto che, in sostanza, lo riprende.

In primo luogo, il Collegio rileva che la disposizione del Disciplinare di gara applicata è quella secondo cui nella busta "C" (Documentazione giustificativa dell'offerta economica) doveva essere contenuta, a pena di esclusione, l'"analisi relativa alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo a base d'asta" (punto 3.3.1) nonché "giustificativi e relativa documentazione relativi alle voci di cui al precedente punto 3.3.1) per la cui predisposizione si dovrà far riferimento agli appositi schemi ed indicazioni allegati alla documentazione di gara".

Sul punto il Collegio concorda con la prospettazione delle società ricorrenti secondo cui la lettera della disposizione in questione non prevedeva con chiarezza l'esclusione della concorrente che non avesse presentato le schede riferite a tutte le voci di prezzo.

Infatti, sotto un profilo meramente letterale, la stessa disposizione in questione avrebbe dovuto precisare, senza equivoco, che erano richiesti giustificativi e relativa documentazione relativi a "tutte" le voci di cui al precedente punto. Poiché anche le norme di una legge di gara tendenti all'esclusione automatica sono di stretta interpretazione, nel caso di specie non si rileva l'assoluta chiarezza invocata dalla stazione appaltante.

In più, lo stesso riferimento generico a "giustificativi e relativa documentazione" e non "ai giustificativi e 'alla' relativa documentazione" fa propendere per una richiesta non riferita a "tutte" le 298 voci di prezzo che concorrevano a formare l'importo complessivo d'asta.

A ciò si aggiunga - e questo è incontestato - che l'offerta delle ricorrenti conteneva comunque un determinato numero di schede e non ne era privo totalmente, residuando solo il numero di 78 voci non giustificate.

Come condivisibilmente indicato dalle società ricorrenti - senza indugiare sulla problematica relativa alla allegazione o meno alla documentazione di gara del numero esatto (298) di schede richieste perché non rilevante allo stato, tenuto conto che l'offerta Infracom-Alpitel comunque aveva considerato correttamente quale documento prendere a riferimento - il richiamo contenuto nella legge di gara appare anche corretto nella sua genericità in quanto, per la specificità dell'oggetto di gara, appare ben

possibile e logico che in un offerta come quella in esame le voci di prezzo possano essere coincidenti in ordine al materiale adoperato e quindi una pedissequa ripetizione sarebbe stata poco utile e dispendiosa.

Infatti l'analisi del prezzo è un elemento unitario e non è detto che debba e possa essere sempre scomposto in ogni suo minimo dettaglio, se gli elementi che lo compongono possono essere ripetitivi, sovrapponibili e coincidenti. Per tale ragione appare logicamente impostata la legge di gara che, si presume volutamente (operando in materia di interpretazione della stessa il principio di massima razionalità e apertura alla partecipazione), abbia richiesto genericamente "giustificativi" e non "i giustificativi" delle voci di prezzo in questione, perché poteva ben essere lasciata alla scelta del concorrente, in relazione alla tipologia di offerta, l'indicazione richiesta nella modalità ritenute più consone.

Naturalmente l'offerta non doveva essere completamente priva di giustificazioni preventive, essendo tale disposizione chiaramente posta a garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta, ma, una volta che l'offerta era comunque accompagnata da giustificativi sul prezzo complessivo, la stazione appaltante non poteva procedere alla esclusione automatica - invece operabile solo in assenza completa degli stessi - ma doveva verificare la loro attendibilità, eventualmente richiedendo integrazioni e chiarimenti alla concorrente, ai sensi dell'art. 86 e segg. d.lgs. n. 163/06.

Sotto tale profilo, quindi, non rilevano le pur suggestive difese della ATS spa, secondo cui l'offerta delle ricorrenti è stata esclusa prima ancora di ogni verifica di anomalia, ovvero ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, d.lgs. n. 163/06, per il solo fatto della mancanza di 78 schede - con ciò senza alcuna violazione di legge - perché, come detto, la disposizione di gara invocata non prevedeva l'esclusione automatica come disposta e, comunque, perché non si comprende per quale ragione tale esclusione non sia stata disposta immediatamente - con l'apertura della relativa busta invece inspiegabilmente demandata al Responsabile del Procedimento - la stazione appaltante si sia premurata di richiedere in data 25 febbraio 2008 la comprova documentale ex art. 48 (comma 2 in realtà) d.lgs. cit. e la Commissione di gara abbia contestualmente sospeso la procedura ai fini della verifica ex art. 86 d.lgs. cit., con ciò chiarendo inequivocabilmente che si era dato luogo alle procedure di legge senza esclusione immediata per incompletezza della documentazione e violazione del disciplinare di gara, come invece ritenuto nelle sue difese dalla ATS spa.

E qui si giunge anche al secondo profilo di fondatezza del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto, secondo cui, in sostanza, la stazione appaltante ha operato una illogica commistione delle fasi (sub) procedurali di verifica, ai sensi degli artt. 48 e 86 d.lgs. 163/06 cit., senza comunque verificare in contraddittorio la congruità dell'offerta.

In primo luogo, infatti, deve escludersi che sia stata correttamente applicato l'art. 48, commi 1 e 2, d.lgs. n. 163/06 cit., in quanto la verifica di cui al comma 1 si effettua, a sorteggio, prima dell'apertura delle buste (nel caso di specie era stata sorteggiata una ditta terza e comunque la busta del RTI Infracom/Alpitel era stata aperta) - e quindi sotto tale profilo, in relazione alla difesa della ATS spa, non si comprende la ragione della richiesta del 25 febbraio 2008 ai sensi dell'art. 48, comma 1, cit. alla Infracom spa, quando tutt'al più tale richiesta poteva essere inquadrabile nell'ambito del comma 2 - e la verifica di cui al comma 2 si effettua entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara (ivi comprese quelle di cui all'art. 86 cit.), nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria.

Il Collegio, quindi, ritiene che alla fattispecie non possa che applicarsi quanto disposto dagli artt. 86 e segg. d.lgs. n. 163/06, come d'altronde si desume anche dalla lettura del verbale di gara ove, nella seduta del 22 febbraio 2008, ben prima di procedere alla esclusione delle società ricorrenti in RTI e senza fare menzione di una automatica esclusione derivante dalla applicazione diretta del Disciplinare (che ben si sarebbe potuto effettuare in tale sede, a seguire le difese della ATS spa), si precisa senza equivoci che "La Commissione ai sensi del punto 4 del disciplinare di gara sospende la seduta per la verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 86 e seguenti del D.Lgs. 163/2006 dell'offerta più vantaggiosa. La Commissione riconsegna ad Autostrada Torino Savona S.p.A. tutta la documentazione di gara per la custodia in sicurezza e per gli adempimenti successivi...".

Nello specifico, il punto 4 del Disciplinare di gara prevede, infatti, dopo l'invio della documentazione da parte dei concorrenti sorteggiati, ai sensi dell'art. 48 cit., l'apertura della busta "B" contenente l'offerta economica (lett. c), l'individuazione delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 86 e seguenti del "Codice" (lett. d), la constatazione dell'avvenuta presentazione della busta "C" (contenente documentazione giustificativa dell'offerta) e della documentazione in essa contenuta da parte dei concorrenti non esclusi dalla gara (lett. e), la "sospensione della seduta di gara al fine di consentire le verifiche di cui agli artt. 86 e ss. del "Codice" (lett. f), la "riconsegna ai competenti Uffici della Stazione appaltante della documentazione presentata dai ricorrenti" (lett. g).

Alla luce dell'inequivoco tenore della legge di gara in questione, quindi, al Collegio appare evidente che la stazione appaltante, seguendo tale precisa successione - come si evince dalla lettura del richiamato verbale del 10 marzo 2008 - ha dato luogo alla scansione procedimentale propria della verifica di anomalia, ai sensi dell'art. 86 e ss. d.lgs. n. 163/06 cit., dato che non ha proceduto immediatamente all'esclusione delle ricorrenti per carenza di documentazione ma ha considerato che i giustificativi preventivi erano richiesti proprio al fine di una eventuale valutazione di

anomalia ed ha trasmesso gli atti alla stazione appaltante per la valutazione di sua competenza, legata - appunto - esclusivamente al giudizio di non anomalia dell'offerta presentante il miglior ribasso.

La stazione appaltante, però, non ha seguito integralmente, pur richiamandole più volte, le previsioni del Disciplinare di gara (che facevano menzione della necessità di apertura preventiva, evidentemente in seduta pubblica, della busta "C", ai sensi del punto 4, lett. e), e il disposto normativo degli artt. 86 e seguenti d.lgs. cit. e qui ha dato luogo alle violazioni lamentate dalle società ricorrenti.

Infatti l'art. 86 in questione prevede che le offerte siano "... corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo" - (si badi, non è detto "a tutte le voci di prezzo") - e se queste non siano ritenute sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta la stazione appaltante provvede a chiedere di integrare i documenti giustificativi, procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88 e dando luogo all'esclusione solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio, nei sensi meglio specificati in particolare dall'art. 88 cit.

Il Collegio, quindi, concorda con quanto indicato dalle società ricorrenti in merito alla centralità della fase in contraddittorio del (sub) procedimento di verifica dell'anomalia, posta proprio per garantire comunque alla pubblica amministrazione, pur in presenza di apparente anomalia dell'offerta, la possibilità di concludere il contratto con il "miglior" offerente che sia stato in grado di giustificare, nella pienezza del contraddittorio, i prezzi da lui indicati, a garanzia dell'affidabilità e serietà dell'offerta.

Non è possibile, quindi, ritenere conforme ai principi testè richiamati una clausola della legge di gara che preveda l'esclusione automatica in base alla ritenuta incompletezza e non esaustività di documenti giustificativi preventivi, atteso che la funzione di questi è solo quella di far avere alla stazione appaltante una prima indicazione relativamente all'anomalia stessa senza che la compilazione di alcune voci - la ragione della quale, in contraddittorio, come appunto per il caso di specie, poteva essere chiarita per ragioni di economia e snellezza in presenza di prezzi ripetitivi di materiale e quant'altro - possa comportare l'esclusione automatica dell'offerta (di questo Tribunale, Sez. II, 8.11.05, n. 3441 e 25.2.06, n. 1123; Cons. Stato, Sez. VI, 8.3.04, n. 1072; TAR Puglia, Le, Sez. II, 30.5.07, n. 2202; TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 9.3.07, n. 939).

Nel caso di specie, quindi, un'interpretazione conforme a legge del bando e del disciplinare di gara, possibile nel senso sopra rappresentato, esclude di rilevare illegittimità degli stessi.

Non era illegittima la legge di gara quindi – se interpretata nel senso sopra rappresentato – ma si è palesata illegittima l'esclusione – e la consequenziale aggiudicazione – per le modalità con cui è stata disposta dalla stazione appaltante che doveva procedere in contraddittorio ai sensi dell'art. 86 cit. e tenuto anche conto che l'apertura della busta "C" – a quel che risulta – è avvenuta non in seduta pubblica ma in sede riservata, da parte della stessa stazione appaltante e non della Commissione di gara, non riscontrandosi verbali di gara che attestino le modalità di apertura della busta suddetta (in tal senso, senza necessità di dimostrare concrete violazioni del principio di segretezza, TAR Piemonte, Sez. I, 13.6.08, n. 1370 e Cons. Stato, Sez. V, 20.3.08, n. 1219).

La necessità di una approfondita attività discrezionale e tecnica dell'amministrazione appaltante, in seguito al necessario contraddittorio e alla valutazione delle giustificazioni ulteriori, poi, impedisce di ritenere applicabile il disposto di cui all'art. 21 octies l.n. 241/90, in relazione ad attività vincolata della p.a., pure invocato dalla ATS spa.

In assenza di verifica in contraddittorio della ritenuta anomalia e perchè l'apertura della busta "C" è avvenuta in sede riservata, quindi, il primo motivo di ricorso e il primo motivo aggiunto sono fondati.

Per mero tuziorismo, poi, ci si sofferma sul secondo motivo di ricorso e sul secondo motivo aggiunto, di cui si rileva l'infondatezza - atteso che risulta la partecipazione alle prime due sedute pubbliche di rappresentante della Alpitel spa - e comunque l'inammissibilità atteso che le società ricorrenti non dimostrano quale concreto documento abbiano ricevuto dalla mancata partecipazione alle sedute pubbliche successive in cui si è proceduto alla mera presa d'atto della conclusione della stazione appaltante in sede di verifica ex art. 86 e segg. d.lgs. n. 163/06.

Da ultimo, il Collegio prende in esame la domanda di pronuncia sulla sorte del contratto "medio tempore" stipulato, contenuta nelle conclusioni dell'ultima memoria depositata dalle società ricorrenti.

In disparte ogni considerazione sulla ritualità di tale domanda – molto dubbia, atteso che essa risulta assente nel ricorso e nei motivi aggiunti e risulta introdotta solo con la suddetta memoria, non ritualmente notificata – il Collegio non può che ribadire quanto già fatto proprio di recente (Sez. I, 13.6.08, n. 1370), con una conclusione coincidente nella sostanza con quella ancor più recente del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (30.7.08, n. 9), per la quale rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerne la fase dell'esecuzione dei relativi contratti.

Nei casi di annullamento dell'aggiudicazione di una gara pubblica, come

nell'ipotesi in esame, quindi, gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione - anche in ordine alla permanenza del vincolo contrattuale in presenza di un vizio genetico risalente alla fase di scelta del contraente - rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità, e di questi provvedimenti, il giudice amministrativo può eventualmente conoscere, se necessario, nella sede dell'ottemperanza - nell'esercizio della propria giurisdizione di merito - ove deve realizzarsi l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, conseguente all'esecuzione della sentenza, ad opera dell'amministrazione.

La A.T.S. spa quindi potrà, e anzi dovrà, porre in essere autonomamente ogni comportamento, anche in esecuzione della presente sentenza, idoneo ad individuare la carenza, subentrata ex tunc, degli effetti giuridici del contratto "medio tempore" stipulato ed adottare di conseguenza i provvedimenti necessari che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere con la Sirti spa e sulla carenza dei presupposti di efficacia dello stesso (TAR Piemonte, Sez. I, 13.6.08, n. 1370).

Ne consegue che nel caso di specie la stazione appaltante dovrà prendere atto dell'annullamento dell'esclusione delle società ricorrenti e della conseguente aggiudicazione a Sirti spa nonché delle conseguenze di tali annullamenti sul contratto stipulato (anche se con la stipula era avvenuta con l'urgenza" di cui all'art. 11, comma 10, d.lgs n. 163/06 di cui, però, ATS spa si è assunta l'onere) e riprendere la procedura concorsuale con la valutazione dell'offerta delle società ricorrenti in contraddittorio con le stesse, ai sensi degli artt. 86 e segg. d.lgs. cit..

In tal senso, quindi, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti in parte con annullamento dei provvedimenti impugnati di esclusione delle società ricorrenti e di aggiudicazione a Sirti spa.

Le spese seguono la soccombenza tra le società ricorrenti e la ATS spa e possono essere compensate tra le prime e la Sirti spa nonché tra questa e la ATS spa in relazione al ricorso incidentale, attesa la peculiarità e complessità della vicenda relativa all'interpretazione dell'art. 13 d.l. n. 223/06 cit.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione 1[^]:

- 1) rigetta il ricorso incidentale;
- 2) accoglie in parte il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati di esclusione delle società ricorrenti e di aggiudicazione alla Sirti s.p.a.;

3) condanna la A.T.S. Autostrada Torino-Savona s.p.a. a corrispondere le spese di giudizio alle società ricorrenti per complessivi euro 5.000,00, oltre accessori di legge, e compensa le spese in questione tra le società ricorrenti e la Sirti s.p.a. nonché tra la Sirti s.p.a. e A.T.S. s.p.a., in relazione al ricorso incidentale.

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

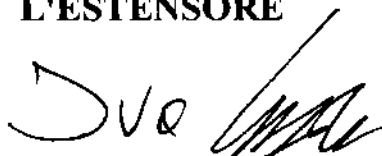
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 17 luglio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

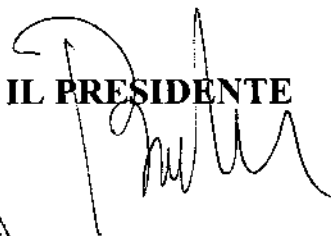
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24 OTT. 2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

